# Die Zivilprozessbeschwerde im bernischen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

von

Heinz Glauser

von Bern

1943

Ernst Lang, Zürich 2

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0073

# Die Zivilprozessbeschwerde im bernischen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

von

Heinz Glauser

von Bern

1943

Ernst Lang, Zürich 2

Die Fakultät hat diese Arbeit am 24. Juni 1943 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. M a t t i als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

# Inhaltsverzeichnis


Seite

Einleitung . . . . . 5
I. Teil: Die beiden Wurzeln der bernischen Zivilprozessbeschwerde 7
A. Die Wurzel der Beschwerde im Gebiete des Disziplinarwesens 7
§ 1. Der Begriff der Disziplin . . . . . 7
§ 2. Die geschichtliche Entwicklung des Disziplinarwesens . 9
a) Sprachliches . . . . . 9
b) Die ältere Gesetzgebung . . . . . 10
c) Die Entwicklung des Disziplinarwesens in der juristischen Literatur . . . . . 11
d) Die heute allgemein geltende Auffassung über das Disziplinarwesen . . . . . 17
§ 3. Die Ordnung der Beamtendisziplin im Kanton Bern . . 20
a) Im allgemeinen . . . . . 20
b) Die Beamtendisziplin der Gerichtspersonen im Zivilprozess im besonderen . . . . . 23
B. Die Wurzel der Beschwerde im Rechtsmittelsystem . . . . 25
§ 4. Die Rechtsmittel im allgemeinen . . . . . 25
§ 5. Die Rechtsmittelvoraussetzungen . . . . . 29
a) Die Statthaftigkeit des Rechtsmittels . . . . . 29
b) Die Einhaltung von Frist und Form . . . . . 30
c) Die Beschwernis . . . . . 31
§ 6. Das System der Rechtsmittel der ZPO . . . . . 31
a) Die Appellation . . . . . 32
b) Die Nichtigkeitsklage . . . . . 33
c) Das neue Recht . . . . . 34
§ 7. Ein Vergleich zwischen Beschwerde und Rechtsmittel . 36
§ 8. Die Zugehörigkeit der Beschwerde im System der Staatsfunktionen . . . . . 39
II. Teil: Die Zivilprozessbeschwerde im besonderen . . . . . 43
§ 9. Die rechtliche Natur der Zivilprozessbeschwerde . . . 43
a) Allgemeines . . . . . 43
b) Die sachliche Beschwerde . . . . . 45
c) Die Disziplinarbeschwerde . . . . . 48
d) Zusammenfassende Betrachtung der rechtlichen Natur der Beschwerde nach Art. 374 ZPO . . . . . 52

Seite

§ 10. Die Beschwerdegründe . . . . . 56
a) Die Justizverweigerung und Justizverzögerung . . 57
b) Die Beschwerde wegen ungerechtfertigter Prozesseinstellung . . . . . 60
c) Die Beschwerde wegen Amtsmissbrauch und ungebührlicher Behandlung der Parteien . . . . . 64
§ 11. Die richterliche Unabhängigkeit und die Beschwerde . 68
§ 12. Die Voraussetzungen der Beschwerde . . . . . 70
a) Das Interesse des Beschwerdeführers an der Beschwerde 70
b) Tatsachen, die eine Beschwerdeführung ermöglichen 72
c) Die Beschwerdefrist . . . . . 72
d) Die Formerfordernisse . . . . . 74
e) Die Aktiv- und Passivlegitimation . . . . . 77
f) Die Beschwerdeantwort . . . . . 79
§ 13. Der Grosse Rat als Beschwerdeinstanz . . . . . 79
§ 14. Die Frage des Schadenersatzes . . . . . 82
§ 15. Die Haftung des Staates für Schäden aus Amtspflichtverletzungen . . . . . 85
§ 16. Die Beschwerdekosten . . . . . 89
§ 17. Die Weiterziehung der Beschwerde . . . . . 90
§ 18. Schlussbetrachtungen . . . . . 93

# Einleitung

## I.

Der einzelne Bürger hat an der Handhabung der Rechtsprechung ein grosses Interesse. Ist er in seinen Rechten verletzt worden, so könnte er versucht sein, durch Anwendung von Zwang gegen den Verletzer sein Recht zur Geltung zu bringen. Diese Selbsthilfe durch Anwendung von Gewalt schliesst jedoch der Staat grundsätzlich aus, da sonst eine jede Rechtsordnung gefährdet wäre. Dafür hat er staatliche Gerichte geschaffen, die derartige Streitigkeiten entscheiden sollen. Es muss demnach jeder, der sich in seinen Rechten verletzt fühlt und der auf sein Recht nicht verzichten will, sich an die staatlichen Gerichte wenden. Eine Ausnahme davon machen die wenigen Fälle der erlaubten Selbsthilfe und der Schiedsgerichtsbarkeit. Damit jedoch der Einzelne, der im Verhältnis zum Staat der schwächere Teil ist, vor Übergriffen des Staates geschützt wird, müssen Mittel und Wege geschaffen werden, die einen solchen Schutz bieten.

a) Der Rechtsschutz darf sich nicht auf den Konfliktsfall allein beschränken. Der Staat muss vielmehr dafür sorgen, dass der Einzelne zum vorneherein vor Rechtswidrigkeit bewahrt wird[1]. Um dies zu erreichen muss die Staatsgewalt organisiert werden. Dies geschieht durch die Staatsverfassung[2], in welcher den gesetzgebenden, den vollziehenden und verwaltenden, und den gerichtlichen Organen ihr sachlicher Tätigkeitskreis zugewiesen wird und wo ihnen ihre amtlichen Aufgaben vorgezeichnet werden. Diese Organisation der Staatsgewalt und ihre ebenfalls in der Verfassung normierte Begrenzung durch die subjektiven Rechte und Ansprüche des Bürgers, hat weitere zahlreiche Ausführungsbestimmungen zur Folge gehabt. Die Summe aller dieser Normen bildet das öffentliche Recht, dessen Zweck darin besteht, das gute Funktionieren des staatlichen Lebens zu garantieren.

b) Aber auch für den einzelnen Streitfall muss eine Garantie geschaffen werden, dass der Streit nicht nach der Willkür, sondern nach dem Recht entschieden wird. Es genügt nicht, wenn die richterliche Tätigkeit durch eine eingehende gesetzliche Regelung normiert wird.

1) Vergl. Jellinek, Verwaltungsrecht Seite 280.
2) III. Titel der bernischen Staatsverfassung vom 4. Juni 1893.

Es muss auch dafür gesorgt werden, dass die Bindung an die Gesetze eine praktische Durchführung erfährt[3]. Die Rechtsordnung hat hiefür einen grossen Bestand von Rechtsgrundsätzen geschaffen, die für den rechtlichen Aufbau und für die Tätigkeit des Staates im Gebiete der Rechtspflege von grundlegender Bedeutung sind. Es seien davon beispielsweise erwähnt: die richterliche Unabhängigkeit[4], das Rechtsmittelsystem[5], das Aufsichtsrecht der obern über die untern Gerichte[6], die Verantwortlichkeit der Gerichte für sämtliche Amtshandlungen[7], die Beschwerde des Strafverfahrens und die Beschwerde der ZPO[8], das Prinzip der Trennung der Gewalten[9] usw.

## II.

Die vorliegende Arbeit will eine dieser Garantien, nämlich die Beschwerde nach 374 ZPO, behandeln und näher untersuchen. Es müssen aber auch die übrigen erwähnten Einrichtungen dargestellt und mit der zivilprozessualen Beschwerde verglichen werden, denn sonst lässt sich diese nicht erfassen und abgrenzen.

Ein erster Blick auf den Gesetzestext wird uns die eine Wurzel der Beschwerde sofort aufdecken, indem bereits im Art. 374 auf das Verantwortlichkeitsgesetz vom 19. Mai 1851 hingewiesen wird. Es handelt sich also um ein Rechtsinstitut, das dem Verwaltungsrecht entnommen und in der Zivilprozessordnung geregelt worden ist. Dass man sich jedoch nicht mit einer Regelung im Verwaltungsrecht begnügte, sondern eine spezielle Normierung im Zivilprozessrecht vornahm, wird ebenfalls seine Gründe haben, und dieser Umstand verweist uns deshalb auf eine zweite Wurzel der Beschwerde im Zivilprozessrecht selber, und zwar im Rechtsmittelsystem. Sie ist denn auch in einem besondern Abschnitt IV, unmittelbar anschliessend an den die Rechtsmittel behandelnden Abschnitt III, angeschlossen worden.

Es sollen deshalb in einem ersten Teil der vorliegenden Arbeit die beiden Wurzeln der bernischen Zivilprozessbeschwerde, — diejenige im Disziplinarwesen und diejenige im Rechtsmittelsystem —, gesondert betrachtet werden, um schliesslich in einem zweiten Teil das Wesen der Beschwerde und ihre Besonderheiten zu behandeln.

---

3) Vergl. Sarwey, das öffentl. Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Seite 55 ff.
4) Art. 51 St. V.
5) Art. 333—373 ZPO.
6) Art. 7 GOG.
7) Art. 15 Str. V.
8) Str. V. Art. 64, ZPO Art. 374.
9) Art. 10 St. V.

# I. Teil:

# Die beiden Wurzeln der bernischen Zivilprozessbeschwerde

## A. Die Wurzel der Beschwerde im Gebiete des Disziplinarwesens

### § 1. Der Begriff der Disziplin

Ganz allgemein gesagt ist die Disziplin die Zucht, die die gute Ordnung überall dort aufrecht erhalten soll, wo eine gewisse Zahl Menschen in einem gleichartigen, ihnen eigentümlichen Verhältnisse für einen gemeinsamen Zweck unter einer bestimmte höhern Leitung vereinigt sind[1]). Es handelt sich um ein System von Massregeln, durch die das Verhalten einer zu einem Ganzen vereinigten Anzahl Personen an gewisse Ordnungen und Schranken gebunden wird.

Die Handhabung der Disziplin ist von grossem Interesse, sowohl hinsichtlich der Vielheit der Fragen, mit denen sie verbunden ist, als auch durch die Mannigfaltigkeit der Menschen, die ihr unterworfen sind[2]). Es gibt sicher keine Menschen, die nicht einer oder mehreren Disziplinen unterstellt sind. Wir finden sie in allen Lebensäusserungen irgendwelcher sozialen Gebilde. Wenn von Disziplin gesprochen wird, so denken wir in erster Linie an die öffentlich-rechtliche Disziplin, die für die Organe des Staates im Interesse ihrer Funktionen erforderlich ist. Die Disziplin ist aber nicht nur eine dem Beamtenrecht zugehörende Erscheinung, die nur im öffentlichen Gewaltverhältnis vorkommt, in dem der Beamte zum Staat steht. Wir finden sie auch in den verschiedensten andern Organisationsformen. So gibt es beispielsweise eine Familiendisziplin, die auf dem Gedanken der väterlichen Gewalt beruht; eine Abart davon ist die Erziehungsdisziplin; dann gibt es eine Kirchendisziplin zur Regelung des Verhältnisses zwischen

1) Vergl. Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung Seite 802.
2) Vergl. Wisard, Die Ordnung des Disziplinarwesens für die Beamten der schweiz. Eidgenossenschaft, Seite 3.

den geistlichen Obern und den ihnen untergebenen Geistlichen; eine Disziplin des Heeres, die im Dienstreglement von 1933 als die volle körperliche und geistige Hingabe des Soldaten an seine Pflicht definiert wird[3]; die Vertragsdisziplin, wie sie durch die Beziehung zwischen Meister und Arbeiter geschaffen wird; die Disziplin der Schule; die Fabrikdisziplin, die Korporationsdisziplin, welche ihre Unterlage in den gemeinsamen Interessen der Mitglieder eines Personalverbandes hat. Disziplin ist überall dort nötig, wo eine Mehrheit von Menschen in geordneten Verhältnissen ein gemeinsames Ziel erreichen will. Für unsere Arbeit interessiert uns die öffentlich-rechtliche Disziplin des Beamtenverhältnisses, auf die sich die nachfolgenden Erörterungen beschränken werden.

Ein Mittel zur Erreichung der Disziplin ist die Disziplinargewalt. Weder die Strafgewalt des Staates, noch die polizeiliche, reicht in allen Fällen und für alle Kreise der bürgerlichen Gesellschaft so weit, als es für die Aufrechterhaltung der Ordnung des Staates erforderlich ist. Es bleibt namentlich für gewisse, in sich selbst wieder abgegrenzte Kreise eine Oberaufsicht nötig, die die Befugnis haben muss, durch Verhängung von Strafen oder durch Anwendung anderer Gewaltmittel ihren Willen durchzusetzen. In allen diesen Verhältnissen muss die Oberaufsicht, der Leiter oder Vorgesetzte, über eine gewisse Disziplinargewalt verfügen.

Die Anwendung der Disziplinargewalt wird in vielen Fällen den Gerichten übertragen. Dadurch ergibt sich eine gewisse Doppelstellung, in welcher sich diese Gerichte befinden. Sie sind einerseits rechtsprechende und andererseits Justizverwaltungsorgane. Die Disziplinargewalt der Gerichte ist öffentlich-rechtlicher Natur. Sie ergibt sich aus einem besonderen Gewaltverhältnis, und es soll dadurch der Zweck, der diesem besondern Gewaltverhältnis eigen ist, gesichert werden. Die gleichen Mittel, die der Staat zur Aufrechterhaltung der allgemeinen Rechtsordnung benützt, d. h. Anwendung von Strafe oder andern Zwangsmitteln, braucht er auch zur Verwirklichung und Durchführung dieses besondern Gewaltverhältnisses, um sich Widersetzende gefügig zu machen. Dennoch sind diese Zwangsmittel und Strafen des Disziplinargewaltverhältnisses einerseits und der allgemeinen Rechtsordnung andererseits nicht miteinander identisch. Die Befugnis zu strafen oder Zwangsmittel anzuwenden, wenn die besondere Ordnung verletzt ist, steht dem Gewaltträger selber zu. Bei Ungehorsam gegen seine Anordnungen kann er zu eigenen Zwangsmassregeln greifen, und mit der Durchführung der Zwangsgewalt ist nicht in erster Linie die allgemeine Polizeigewalt betraut[4]. Das Gericht ist hier bei der Anwendung von

3) Schweizerische Armee. Dienstreglement Seite 32.
4) Vergl. Freudenberger Seite 187.
Sauter: Die Aufsichtsbeschwerde im Zivilprozess nach zürch. Recht. Seite 39/40.

Disziplinarmassnahmen im Sinne eines Verwaltungskörpers, als Teil des Behördenorganismus des Verwaltungsrechtes tätig. Wo jedoch das Gericht wegen Verletzung der allgemeinen Rechtsordnung Strafen ausspricht, übt es seine Funktionen als Spruchbehörde aus, als staatliches Organ, das die unmittelbare Rechtspflege ausübt und Urteile fällt.

## § 2. Die geschichtliche Entwicklung des Disziplinarwesens

*a) Sprachliches.*

Im Gebiete der Rechtslehre taucht das Wort „Disziplinargewalt" als technische Bezeichnung für eine vom öffentlichen Strafrecht des Staates verschieden Strafgewalt erst etwa um das Jahr 1800 auf. Es handelt sich demnach um einen Rechtsbegriff, der der neueren Rechtswissenschaft angehört. Bekanntlich heissen im katholischen Kirchenrecht alle Vorschriften, die nicht dogmatischer Natur sind, Disziplinarvorschriften. Der Ausdruck Disziplinargewalt dürfte deshalb dem Kirchenrecht entnommen sein. Wir finden dort den Kreis der Konsistorialkompetenz als doctrinalia ceremonalia und disciplinaria umfassend bezeichnet. Der letzte Ausdruck bezieht sich auf die Aufrechterhaltung des ordnungsgemässen Lebens der Kirchenangehörigen, hauptsächlich auf gehörige Pflichterfüllung seitens der Kirchendiener[1]). In früheren Jahrhunderten wurden die Kirchendiener sehr oft geradezu als Staatsdiener betrachtet. So hat man den Ausdruck Disziplinargewalt einfach aus dem Kirchenrecht auf eine bei den Staatsbeamten vorkommende, materiell gleichstehende Einrichtung übertragen.

Der technische Ausdruck „Disziplinarstrafe" ist erstmalig in Gönner's Schrift über den Staatsdienst zu finden[2]). Früher finden wir ihn weder bei staatsrechtlichen noch bei kriminalistischen Rechtswissenschaftlern. Gönner's Schrift erregte zu jener Zeit in Deutschland grosses Aufsehen, und es ist wahrscheinlich, dass sich im Anschluss daran das Disziplinarstrafwesen im Staatsdienste zu entwickeln begann. Diese Ansicht wird noch besonders durch den Umstand erhärtet, dass sich im bayrischen Recht die ersten Spuren ihrer Anwendung finden. Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 braucht in seinem § 439 zum ersten Mal den Ausdruck „Disziplinarstrafe". Dieser bürgerte sich immer mehr ein und im Anschluss daran entstanden bald die heute geläufigen Bezeichnungen „Disziplinaruntersuchung", „Disziplinarverfahren", „Disziplinarvergehen", usw.[3]).

---

1) Labes P., die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten Seite 1. München 1889.

2) Gönner: Der Staatsdienst, aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808.

3) Vergl. darüber Labes P. Seite 1.

*b) Die ältere Gesetzgebung.*

Das „Preussische Allgemeine Landrecht" von 1794 befasste sich zum Teil mit disziplinarrechtlichen Bestimmungen. So regelt es im 10. Titel des II. Teils die Formalitäten der Entlassung von Verwaltungsbeamten. Nach erfolgtem Bericht des Vorgesetzten entschied hierüber der Staatsrat mit Stimmenmehrheit. Der Gesichtspunkt der Disziplinarbestrafung trat ganz hinter den der Auflösung eines Vertragsverhältnisses zurück. Im gleichen Gesetzbuch finden wir dafür unter dem 20. Titel des II. Teils bei den „Verbrechen der Diener des Staates" die Verletzung der Dienstpflicht, Urlaubsüberschreitung, eigenmächtige Entfernung vom Amte, Insubordination, unregelmässige Lebensart, Spiel, Verschwendung, niederträchtige Aufführung u.a.m. Heute pflegt man solche Vergehen nur disziplinarisch zu ahnden. Damals behalf man sich mit Kriminalstrafen und zwar mit Geld oder Leibesstrafen. Daneben finden wir aber auch hier bereits Strafmittel, die heute dem Disziplinarrecht für die Beamten angehören, wie Verwarnungen, Verweise, geringe Geldstrafen, für diejenigen Fälle, wo sich der Beamte eines „geringen Versehens in seinen Amtspflichten schuldig gemacht hat"[4]. Zweck derselben sei, „den Beamten zur bessern Beobachtung seiner Amtspflichten anzuhalten". Hatten diese Strafen beim Beamten keine Besserung zur Folge, „so ist er für einen Menschen anzusehen, der aus grober Fahrlässigkeit seinen Amtspflichten zuwiderhandelt" und die Folge davon waren Geldstrafe, Degradation oder Amtsenthebung[5].

Im Gegensatz zum preussischen Rechte nimmt das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 einen völlig neuen Standpunkt ein. Alle leichtern Vergehen der Beamten überlässt es der dienstlichen Ahndung. Es setzt also die Existenz eines Disziplinarstrafrechtes voraus und scheidet die zur Dienstpolizei gehörenden Disziplinarstrafen aus dem eigentlichen Strafrecht aus. Im Art. 439 heisst es: „Ein Beamter, welcher in Ausübung seines Amtes Fahrlässigkeiten begeht, oder aus Unfleiss oder Leichtsinn die ihm obliegenden Amtspflichten vernachlässigt, oder durch unsittliches Betragen sich seines Amtes unwürdig zeigt, soll, wenn er nach dreimaliger vorhergegangener Disziplinarstrafe von Neuem sich eines solchen Vergehens schuldig macht, vor Gericht gestellt und mit Degradation oder Dienstentlassung bestraft werden". Diese Bestimmung zeigt ganz deutlich die beginnende Ausscheidung des Disziplinarwesens aus dem Gebiete des Strafrechts. Primär erfolgt rein disziplinarische Ahndung, und erst wenn diese keine Erfolge zeitigt, wird der betreffende Beamte vor ein Strafgericht gestellt.

Wir werden deshalb nicht fehl gehen, wenn wir die Entstehung unseres modernen Disziplinarrechtes in der Zeit zwischen 1794 und

4) § 335 Preussisches Allgemeines Landrecht.
5) § 336 Preussisches Allgemeines Landrecht.

1813, also ungefähr um die Jahrhundertwende des 19. Jahrhunderts suchen. Zum ersten Mal wurde hier der Beamte wegen geringfügigen Verletzungen in der Erfüllung seiner Dienstpflichten mit leichteren Strafen auf administrativem Wege belegt[6].

Ergänzend zum bayrischen Strafgesetzbuch von 1813 trat fünf Jahre später das bayrische Staatsdieneredikt von 1818. Es unterschied eine sogenannte niedere oder bloss korrektive und eine höhere Disziplin. Die erste hatte den Zweck, den Beamten auf administrativem Wege zur Erfüllung seiner Amtspflichten anzuhalten, die zweite dagegen wollte eine Amtsentsetzung nach erfolgter gerichtlicher Untersuchung erreichen, blieb also der Kognition der Gerichte vorbehalten.

Es folgten bald weitere Gesetze, die das Disziplinarwesen in diesem Sinne weiter ausbauten, wie das grossherzogliche hessische Edikt von 1820, das koburgische Edikt vom 20. August 1821, das kurhessische Gesetz vom 18. März 1831, das königlich sächsische Staatsdienergesetz vom 7. März 1835 u.a.m. Fast alle haben sie das Disziplinarverfahren als ein stufenweise von leichteren zu schwereren Strafen fortschreitendes Besserungsverfahren ausgestaltet, indem zuerst administrative Massnahmen und schliesslich Stellung vor die Gerichte erfolgten. Das königlich sächsische Staatsdienergesetz hat auch den Versuch gemacht, die Disziplinarvergehen zu spezialisieren, ist aber im wesentlichen auch nicht über Exemplifikationen hinausgekommen[7]. Mit fortschreitender Entwicklung des Disziplinarwesens sind je länger desto mehr in den verschiedenen Staaten verschiedene gesetzliche Regelungen zu konstatieren, die sich wohl in der Hauptsache ähnlich sind, in den Einzelheiten jedoch stark voneinander abweichen. Es mag deshalb interessant sein, die Lehrmeinungen der einzelnen, bekannten juristischen Schriftsteller über diese Materie zu vergleichen.

### *c) Die Entwicklung des Disziplinarwesens in der juristischen Literatur.*

Wie die Gesetzgebung, setzte auch die Theorie der Lehre der Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten ungefähr um das Jahr 1800 ein. Die erste Literatur hierüber enthält allerdings meist nur gelegentliche Äusserungen der Schriftsteller, die ihre Ansicht deshalb sehr oft ohne eigentliche Begründung darlegten. Im Folgenden soll versucht werden, die verschiedenen Meinungen einiger Juristen aufzuführen, die über die Begründung der Disziplinargewalt und ihr Verhältnis zur staatlichen Kriminalstrafgewalt, über den Begriff der Disziplinarvergehen der öffentlichen Beamten und deren Scheidung von den gemeinen Vergehen derselben, im Laufe der Zeit aufgestellt worden sind.

---

6) Vergl. Labes P. Seite 9.
7) Vergl. Labes P. Seite 10.

Der erste Schriftsteller über das Beamtenrecht ist, wie bereits erwähnt, *Gönner*[8] gewesen. Nach ihm bestand die Möglichkeit, Beamte wegen begangener Dienstvergehen mit leichten Strafen zu belegen, ohne dass vorher eine lange, förmliche Untersuchung stattfinden musste. Solche leichte Strafen seien ihrer Natur nach disziplinarisch, mit dem Zweck, die Ordnung im Staatsdienst zu erhalten und den Beamten zu bessern. Wenn ein Beamter wegen eines solchen Vergehens seines Dienstes enthoben werde, so sei dies nicht unbedingt als Strafe anzusehen. Es sei dies vielmehr eine natürliche Folge des Verhältnisses, in das sich der Staatsdiener durch sein pflichtwidriges Verhalten gesetzt habe. Der Staatsdiener verliere das Amt nur deshalb, weil seine Handlungen mit dem ferneren Staatsdienst unvereinbar seien. Dann führt Gönner aber auch den Zweckmässigkeitsgedanken ins Feld, wenn er sagt: „Was sollte aus der Staatsverwaltung werden, wenn die Regierung bei jedem leichten Verweise vorher eine förmliche Untersuchung anstellen müsste".

*Feuerbach*[9] geht von einer rein privatrechtlichen Auffassung des Beamtenverhältnisses aus. Er charakterisiert Disziplinarstrafen als privatrechtliche Folgen der Amtspflichtverletzung. Sie seien zu beurteilen nach der Natur des Dienstvertrages, sowie nach dem eigentümlichen Wesen des besondern Amtes und der damit verbundenen Instruktionen.

Nach *Martin*[10] gehören die Disziplinarstrafen zu den Polizeistrafen. Er meint: „diese schwankende Bezeichnung ist wohl aus dem kannonischen Recht hergenommen und erweitert".

Eine vorsichtige Auffassung vertrat *Weiler*[11]. Nach ihm dürfen nur ausnahmsweise Dienstvergehen der Beamten von der Dienstbehörde beurteilt und geahndet werden. Auch bedürfe es hiezu stets einer positiven Bestimmung, und, wenn eine solche fehle, so müsse der Staatsdiener, wenn er sich ein Dienstvergehen habe zu Schulden kommen lassen, vor die Strafgerichte gestellt werden.

In Elvers und Bender, Allgemeine juristische Zeitung[12], erschien 1829 unter dem Titel „Über die rechtliche Natur der Disziplinarstrafe" ein Artikel, in welchem die Dienstverletzungen in zwei Kategorien eingeteilt werden. Einmal gebe es Dienstverletzungen, die unter das Strafrecht fallen, weil sie zugleich ein Vergehen gegen die Allgemeinheit bedeuten. Daneben aber gebe es Dienstverletzungen, die vom Strafrecht unberührt bleiben. Hier werde eine Disziplinarmassnahme getroffen, die ihrer rechtlichen Natur nach eine Zwangsmassregel be-

---

8) Gönner Seite 213 ff.
9) Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechtes § 477.
10) Martin: Lehrbuch des Kriminalrechtes § 95, Seite 220.
11) Weiler: Über Verwaltung und Justiz § 30.
12) Elvers und Bender, Allgemeine juristische Zeitung, 23. Februar 1829, cit. bei Labes P. Seite 14.

deute, angewandt wegen schon eingetretener oder noch zu befürchtender Dienstverletzung. Der Staatsdiener habe bei der Übernahme seines Staatsamtes die Erfüllung seiner Pflicht versprochen. Komme er diesem Versprechen nicht nach, so müsse er zur Erfüllung gezwungen werden. Da es sich nicht um ein rein privatrechtliches Obligationenverhältnis handle, sondern der Staat in hoheitlicher Qualität handelnd auftrete, könne er sein Recht ohne gerichtliche Mitwirkung geltend machen.

Die Lehre von der Disziplinargewalt des Staates erfuhr in der Folge eine bedeutende Förderung durch die Lehren Hefters[13]. Er verglich das Vorkommen der Disziplinargewalt mit andern, ähnlichen Verhältnissen ausserhalb des Staatsdienstes und verarbeitete das hierüber bereits vorliegende Gesetzesmaterial.

Er unterscheidet die wirklichen Strafen und die Disziplinarmittel, teils durch den Grund, teils durch den Zweck der Zuerkennung. Die öffentlichen Strafen setzen ein wirkliches Verbrechen voraus, die Disziplinarmittel eine Irregularität oder einen Exzess. Die öffentlichen Strafen dienen der öffentlichen Genugtuung, die Disziplinarmittel der Sicherung und Reinhaltung des Staatsdienstes. Es soll deshalb die Vollziehung der Disziplinarmassnahmen nicht öffentlich und unter Auffallen erregenden Formen erfolgen. Die Disziplin verlange, dass die angestellten Staatsdiener immerdar zu ihrer Schuldigkeit, allenfalls durch Anwendung geeigneter Zwangsmittel, anzuhalten seien. Nur in der äussern Erscheinung, nicht im innern Wesen, können sich diese Zwangsmittel den Strafen annähern. Diese Disziplin bezeichnet er als niedere Disziplin, die nicht in die Kognition der Gerichte gehört, sondern reine Verwaltungsmassnahmen bedeutet. Daneben gebe es eine höhere Disziplin, die durch die Gerichte ausgeübt werde, allerdings nicht durch die Straf- sondern die Zivilgerichte. Hierher gehöre der Fall der Dienstentsetzung. Hat der Staatsdiener die Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen ihm das Amt übertragen wurde, nicht erfüllt, so sei der Staat berechtigt, das bestehende Dienstverhältnis aufzulösen oder doch abzuändern. Diese Frage sei lediglich eine Justizsache, denn sie betreffe die rechtmässige Auflösung, wenn auch nicht eines Vertrages, so doch gewiss eines bona fide eingegangenen Quasikontraktes und dies sei causa civilis.

Warum der Staat über eine Disziplinargewalt gegen seine Beamten verfügt, begründete Hefter damit, dass in der Staatshoheit nicht nur das Recht der Anordnung der Staatsämter und die Besetzung derselben enthalten sei. Die Staatshoheit umfasse auch das Oberaufsichtsrecht über die vollziehende Gewalt. Der einzelne Beamte dürfe inspiziert und kontrolliert werden, und der Staat sei berechtigt die Massregeln zu treffen, welche in Ansehung des Staatsdienstes für das gemeine Beste, für die Staatszwecke, nötig und gerecht seien. Die Disziplinargewalt

13) Hefter: Angefangene Aufsätze im Neuen Archiv des Kriminalrechtes 1833, cit. bei Labes P. Seite 16 ff.

sei ein Privatrecht des Staates, dem sich der Staatsdiener bei Eingehung des Dienstverhältnisses stillschweigend unterwerfe. Es sei nicht ein allgemeines Recht der ganzen Staatsgemeinde wie das Strafrecht. Vielmehr sei es eine Art Herrendienstgewalt, ähnlich dem Züchtigungsrecht des Familienvaters aus der hausväterlichen Gewalt.

Nach Hefter sind die Disziplinarvergehen nichts anderes als Irregularitäten und Exzesse. Er versteht darunter jedes Verhalten des Beamten gegen die ihm erteilten Instruktionen oder gegen die ihm vorgezeichneten Amtspflichten, ein Verhalten, das ausserhalb den in den Strafgesetzen umschriebenen Verbrechen steht. Er unterscheidet vier Hauptarten derartiger Pflichtverletzungen:

1. Die Nichtbeobachtung allgemeiner Pflichten, die sich auf den Stand des Staatsdieners überhaupt beziehen, und wozu insbesondere eine der Würde des Dienstes angemessene Lebensart gehört.

2. Die Nichtbeobachtung spezieller Dienstpflichten, welche aus der Instruktion oder der Natur des besondern Dienstverhältnisses fliessen.

3. Die Überschreitung der Grenzen der amtlichen Dienstbefugnisse.

4. Die Wahl und der Gebrauch ungeeigneter oder unzulässiger Mittel in der Ausführung des Amtes.

Sind dagegen bestimmte Verletzungen der Dienstpflicht durch verbindliche Strafrechtsnormen in einem Staate mit Strafe bedroht, so stellen sie sich als „Dienstverbrechen" dar.

Die Schriftsteller nach Hefter haben eigentlich mehr oder weniger dessen Ansichten übernommen und weiter ausgebaut. *Maurenbrecher*[14] charakterisiert die sogenannten Disziplinarstrafen, wie Verweise, Ordnungsstrafen, Versetzung und dergleichen als aussergerichtliche oder administrative Mittel, um den Beamten zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.

*Meisterlin*[15] vertritt die Auffassung, dass die Beurteilung der Strafbarkeit der Staatsdiener der Strafrechtspflege angehöre. Eine Ausnahme trete nur soweit ein, als durch besondere Bestimmungen den übergeordneten Behörden über die untergeordneten Beamten gewisse Befugnisse (Disziplinargewalt) ausdrücklich zugewiesen und übertragen seien. Die Erteilung dieser Befugnisse habe ihren Grund in der Notwendigkeit, die Staatsdiener auf dem kürzesten Wege zur Erfüllung ihrer Dienstpflichten anzuhalten, damit die Staatszwecke erreicht und Nachteile vom Staat abgewendet werden. Die Disziplinargewalt soll sich nur soweit erstrecken, als es zur Erreichung und Sicherung der Staatszwecke notwendig sei.

Nach Schwenken[16] zerfallen die Amtsvergehen in solche, welche gerichtlich, und solche, welche disziplinarisch zu strafen sind. Zur

14) Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtes § 162.
15) Meisterlin, die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen Seite 60 ff.
16) Schwenken, die Amtsvergehen Seite 222.

disziplinarischen Ahndung achtet er diejenigen als geeignet, die entweder gesetzlich mit Strafe gar nicht bedroht sind, oder, wenn dies der Fall ist, in concreto keine härtere als eine blosse Disziplinarstrafe nach sich ziehen. Diese Vergehen nennt er eigentliche Amtsvergehen.

*Dollmann*[17] befasste sich mit der Unterscheidung zwischen öffentlicher Bestrafung nach Strafgesetz und Disziplinarbestrafung. Wenn auch ihre Ziele in einem höhern Gesichtspunkt ihre Vereinigung finden, so seien sie doch in allen ihren wesentlichen Punkten verschieden voneinander. Die Disziplinargewalt beruhe auf der Aufsichtshoheit über alle Träger öffentlicher Vollmachten, nicht auf der öffentlichen Strafgewalt. Die disziplinarische Überwachung habe als Ziel die Sicherung und Reinhaltung des Staatsdienstes im Auge. Die öffentliche Strafverfolgung dagegen bezwecke die Sühne des „gebrochenen Rechts" durch öffentliche Strafe. Die drei Mittel der Disziplin seien Zwangsmittel (Ordnungsstrafen) zur Erzielung ordnungsmässiger Tätigkeit, oder Korrektionsmittel um den Straffälligen auf den Weg der Pflicht zurückzuführen oder schliesslich Reinigungsmittel, die zur Ausschliessung Unwürdiger aus dem Beamtenstand dienen.

*Binding*[18] bezeichnet die Disziplinarstrafe als pädagogisches Zuchtmittel und nicht als eine Strafe im Rechtssinn.

Die Schriftsteller gehen vor allem bei der Begründung der *Disziplinargewalt* in ihren Lehrmeinungen auseinander. Schütze und Hecker[19] leiten sie vom ursprünglichen landesherrlichen Oberaufsichtsrecht ab. Andere neigen mehr der Auffassung zu, dass die Disziplinargewalt ein Ausfluss des Dienstverhältnisses sei, in dem der Staatsdiener dem Staat gegenüber steht. Diese Ansicht vertritt hauptsächlich G. Meyer [20], während eine ganz gegenteilige Ansicht von Seydel[21] angeführt wird. Dieser glaubt, der Anspruch auf Dienststrafe sei ein „Rechtsanspruch". Deshalb müsse die Entscheidung darüber, ob im einzelnen Fall der Anspruch bestehe oder nicht, ihrem Wesen nach eine richterliche sein. Das Recht über diese Frage zu entscheiden, könne aus der „Dienstgewalt" nicht abgeleitet werden. Die Dienstgewalt, als das Recht zu befehlen und Gehorsam gegen den Befehl zu fordern, sei ein Ausfluss des allgemeinen Rechts, Erfüllung der Dienstpflicht zu verlangen. Aus diesem Recht zu fordern ergebe sich nicht das Recht zu entscheiden, ob der Forderung genügt, oder ob wegen Nichterfüllung der Forderung Dienststrafe verwirkt sei. Wenn trotzdem vielerorts die Handhabung der Dienstgewalt und des Dienststrafrechtes in der Person eines Vorgesetzten vereinigt sei, so geschehe dies nur aus Zweckmässig-

---

17) cit. bei Labes Paul Seite 22.
18) Binding, Grundriss des Strafrechts Seite 83 ff.
19) beide cit. bei Labes P. Seite 27.
20) G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts Seite 429.
21) Seydel, bayrisches Staatsrecht, Bd. III Seite 482 ff.

keitsgründen. Die Behörde, die eine Dienststrafe verhänge, *richte*, auch wenn sie im übrigen eine Verwaltungsbehörde sei.

Hugo Meyer[22] sagt, es sei die Disziplinarstrafe eine eigentliche Strafe, die jedoch von der Kriminalstrafe nach Grund und Zweck verschieden sei. Sie könne deshalb neben dieser verhängt werden. Das Disziplinarstrafrecht gehöre aus dem Grunde nicht zum Strafrecht im engern Sinne, weil es sich vorerst nur als Verletzung amtlicher Pflichten, also nur als Störung innerhalb des Kreises der amtlichen Beziehungen selber, darstelle. Diese schliesse jedoch nicht aus, dass die schweren Fälle dieser Art zugleich strafbares Unrecht im engern Sinne enthalte, d. h. strafbares Unrecht gegenüber der Allgemeinheit.

Über den Begriff der Disziplinarvergehen stimmen die Ansichten der Schriftsteller miteinander überein. Sie sehen darin die Verletzung der dem Beamten obliegenden Dienstpflicht. Dagegen sind die Ansichten geteilt hinsichtlich der Frage, wie sich die Disziplinarvergehen zu den gemeinen Vergehen der Beamten, insbesondere zu den Amtsvergehen verhalten.

Berner[23] vertritt die Ansicht, dass das Disziplinarstrafrecht ein nicht artlich, sondern nur gradlich vom gemeinen Strafrecht verschiedenes sei. Ein und dieselbe Handlung kann nach seiner Meinung nicht zugleich kriminell und disziplinarisch geahndet werden, eine Konkurrenz sei ausgeschlossen. Alle Verletzungen der Dienstpflicht seien strafbar; der Staat überlasse es der Disziplinargewalt, die leichtern zu bestrafen, und die schwereren behalte er der strafrechtlichen Kognition vor, indem er sie mit genau umschriebenem Tatbestand ins Strafgesetzbuch aufnehme.

Anderer Ansicht ist Binding[24]. Er lässt Disziplinarstrafe und Rechtsstrafe kumulativ konkurrieren. Die Disziplinarstrafe richte sich nicht gegen das Delikt als solches, sondern gegen die darin enthaltene, mit der Stellung des Beamten streitende Zuchtlosigkeit oder Ordnungswidrigkeit. Dieser Ansicht schliesst sich Liszt[25] an. Das Disziplinarvergehen sei in erster Linie Verletzung der Dienstpflicht, nicht notwendig auch der öffentlichen Rechtsordnung. Das Amtsdelikt sei begrifflich Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung. Verletzt eine und dieselbe Handlung zugleich die öffentliche Rechtsordnung *und* die Dienstpflicht der Staatsorgane, so seien dadurch zwei innerlich ganz verschiedene Rechtskreise verletzt, so dass die Disziplinarstrafe mit der öffentlichen Strafe kumuliert werden müsse.

---

22) Hugo Meyer, Lehrbuch des Strafrechts Seite 2.
23) Berner, Lehrbuch des Strafrechts Seite 617.
24) Binding, Grundriss des Strafrechtes Seite 84.
25) cit. bei Labes P., Seite 29.

*d) Die heute allgemein geltende Auffassung über das Disziplinarwesen.*

Aus diesem kurzen geschichtlichen Überblick ersehen wir die Entwicklung, die das Disziplinarwesen im 19. Jahrhundert durchgemacht hat. Ursprünglich vollständig als Bestandteil des kriminellen Strafrechtes betrachtet, rang sich nach und nach die Auffassung durch, dass es sich um eine vom Strafrecht grundverschiedene Rechtsmaterie handelt. Der Zweckmässigkeitsgedanke führte die erste Ausscheidung der Disziplinarfälle aus dem Strafgesetzbuch herbei, und bald darauf erkannte man, dass Grund und Zweck des Disziplinarwesens verschieden seien vom Grund und Zweck des öffentlichen Strafrechtes.

Zusammenfassend können wir sagen:

Die *Disziplinargewalt* ist ein Ausfluss der Staatsgewalt. Sie hat grosse Ähnlichkeit mit dem Züchtigungsrecht eines Familienvaters und bildet so eine Art Herrendienstgewalt. Die *Disziplinarvergehen* sind Pflichtverletzungen der Beamten gegenüber dem Staat. Durch sie wird das Dienstverhältnis verletzt, in dem der Beamte zum Staate steht. Die *Disziplinarmassnahmen* und *strafen* sind Mittel, welche dazu dienen sollen, eine ordnungsgemässe Durchführung und Sicherung des Staats- und Verwaltungsdienstes zu garantieren. Sie sollen nicht nur und nicht in erster Linie den fehlbaren Beamten treffen, sondern den ordnungsgemässen Gang des Staatsdienstes sichern und korrigierend eingreifen, wo dies nötig ist. Die *Mittel* der *Disziplin* sind, bedingt durch ihren Zweck, entweder Zwangsmittel (Ordnungsstrafen), oder Korrektionsmittel um den Beamten auf den Weg der Pflicht zurückzuführen, oder Reinigungsmittel zur Entsetzung unwürdiger Beamten von ihrem Amte.

Heute bildet ganz allgemein das Disziplinarrecht einen Bestandteil des Staats- und Verwaltungsrechtes. Die Rechtswissenschaft befasste sich erst in der jüngsten Zeit mit dem rechtlich sehr interessanten und umfangreichen Gebiete des Verwaltungsrechtes. Verwaltung ist die gesamte Tätigkeit des Staates, die sich nicht als Rechtsprechung oder Gesetzgebung charakterisiert. Die weitaus meisten Staaten haben eine dezentralisierte, hierarchische Verwaltungsorganisation. Die obern Behörden überwachen die untern. Die untern Behörden sind den obern Behörden unterstellt. Folglich übt auch die vorgesetzte Behörde die Disziplinaraufsicht aus. Sie kann der untergeordneten Behörde bindende Weisungen erteilen. Durch die von der vorgesetzten Behörde kontrollierte Disziplin sollen die untern Behörden und Beamten, allenfalls durch Anwendung geeigneter Zwangsmitteln, wobei wohl hauptsächlich Ordnungsstrafen ins Auge zu fassen sind, angehalten werden, ihren amtlichen Pflichten in vollem Umfang nachzukommen. Diese Disziplinaraufsicht des Staates wird in den meisten Fällen genügen. Wir dürfen sie mit Hefter als die Ausübung der niederen Disziplin bezeichnen. In vielen, meist schwerwiegenderen Fällen ist die Anordnung von

Disziplinarmassnahmen den Gerichten, — seien es nun besondere Gerichtsbehörden, oder seien es die üblichen höhern Straf- und Zivilgerichtsbehörden —, übertragen. Dies trifft namentlich auch für die Fälle zu, wo nicht der Staat selber, sondern der einzelne Bürger die Anwendung von Disziplinarmassnahmen verlangt, weil er ein besonderes Interesse daran hat. Wir können diese, den Gerichten übertragenen Disziplinarfälle als solche der höhern Disziplin bezeichnen. Wir müssen uns aber dabei klar bleiben, dass in all diesen Fällen die Gerichte nicht als rechtsprechende Organe des Staates tätig sind, d. h. nicht also sog. Spruchbehörden, sondern als Verwaltungsorgane. Ihnen ist einfach ein Teil der Disziplinargewalt des Staates zur praktischen Geltendmachung übertragen worden. Sie urteilen hier nicht, was Rechtens ist, sondern üben Verwaltungsfunktionen aus.

Die grösste Ähnlichkeit hat das Disziplinarrecht, seine Disziplinarmassnahmen und -strafen, mit dem Strafrecht. Es soll deshalb an dieser Stelle das grundsätzliche Verhältnis, in dem sie einander gegenüberstehen näher betrachtet werden. Wir haben bereits erwähnt, dass ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal im Zweck, dem Strafrecht und Disziplinarrecht dienen, liegt. Die Strafen des Strafrechtes dienen der öffentlichen Genugtuung. Sie sind Sühne für das gegenüber der Allgemeinheit begangen Unrecht. Die Disziplinarmittel dagegen dienen der Sicherung und Reinhaltung des Staatsdienstes. Die Staatsdiener sollen durch sie zur Einhaltung der Amtspflichten gezwungen werden. Allerdings sind die Disziplinarmittel einerseits und die Strafen des Strafrechts andererseits in ihrer äussern Erscheinung meist sehr ähnlich. Das andere, wesentliche Unterscheidungsmerkmal liegt im Rechtsgrund. Das Recht des Staates auf Kriminalstrafe ist ein ihm zustehender Rechtsanspruch wegen Verletzung der *allgemeinen* Rechtsordnung. Die Anordnung von Disziplinarmassnahmen bei Ausübung der Disziplinargewalt ergibt sich dagegen aus einem *besonderen Verhältnis*, in dem der Beamte zum Staate steht.

1. Im kriminellen Strafrecht besteht ein Strafanspruch des Staates, wenn eine Strafrechtsnorm verletzt ist. Es gilt der Grundsatz des „nulla poena sine lege". Zur Geltendmachung und zur Befriedigung des Strafanspruches ist nicht dieselbe Behörde zuständig. Der Strafanspruch wird durch den Staatsanwalt, der den Staat vertritt, geltend gemacht. Die Befriedigung des Strafanspruches erfolgt durch die Gerichte. Sowohl der Staatsanwalt wie die Gerichte sind zur Ausübung dieser Kompetenzen verpflichtet. Es sind ihnen übertragene Amtspflichten. Der Strafprozess ist das gesetzlich geordnete Verfahren, um den Strafanspruch zu verwirklichen. Der Staat kann seinen Rechtsanspruch so wenig wie der einzelne Bürger durch Selbsthilfe befriedigen, sondern er ist ebenfalls auf den Rechtsschutz unabhängiger Gerichte angewiesen.

2. Der Grundsatz „nulla poena sine lege" gilt im Disziplinarstrafrecht nicht. Die Disziplinarvergehen lassen sich nicht wie die gemeinen

Vergehen gesetzlich genau umschreiben und einzeln aufzählen. An die Stelle der Begriffsbestimmungen der einzelnen Disziplinarvergehen tritt der allgemeine Tatbestand der Amts- und Dienstpflichtverletzung. Die Erfüllung der Amtspflichten setzt sich nicht aus einer Anzahl einzelner Handlungen zusammen. Ihr Inhalt umfasst vielmehr das gesamte dienstliche und teilweise sogar ausserdienstliche Verhalten des Beamten. Sie reicht soweit, als es die Interessen des Amtes erheischen[26]). Voraussetzung einer Disziplinarstrafe ist somit nicht die Verletzung einer bestimmten gesetzlichen Norm. Disziplinarisch strafbar ist auch die Missachtung der Dienstvorschriften und ebenso ein Verhalten, das den Bedürfnissen der Behörde, der Allgemeinheit und der den Behörden unterworfenen einzelnen Bürger widerspricht[27]). Es ist nicht möglich, einen Masstab festzulegen, der allgemein gilt zur Fixierung des Verhaltens eines Beamten. Ist im kriminellen Strafrecht der Tatbestand einer Strafrechtsnorm erfüllt, so *muss* eingeschritten werden. Im Disziplinarstrafrecht ist die Frage, ob einzuschreiten, welche Strafe zu wählen und wie sie in den Einzelheiten zu gestalten sei, in das pflichtgemässe Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt. Es gilt, im Gegensatz zum Legalitätsprinzip des Strafrechtes, das Opportunitätsprinzip[28]). Zu berücksichtigen sind Persönlichkeit, Handlungsweise und Gesinnung des fehlbaren Beamten. Es müssen ferner alle Belange des Amtes selbst gewürdigt werden, und es ist darauf Bedacht zu nehmen, dass das Vertrauen des Volkes in die Beamtenschaft erhalten bleibt.

3. Es handelt sich demnach beim kriminellen Strafrecht und beim Disziplinarstrafrecht um zwei ganz selbständige Rechtskreise. Der Grundsatz des „ne bis in idem" gilt folglich im Verhältnis zwischen ihnen nicht. Dagegen gilt er innerhalb jedes einzelnen Rechtskreises[29]).

4. Sehr oft wird eine Amtspflichtverletzung auch zugleich den Tatbestand eines strafrechtlichen Vergehens erfüllen. Praktisch ist das Vorgehen dann meist so, dass dieselbe zuerst eine disziplinarische Behandlung erfährt. Im Ergebnis dieses Verfahrens wird dann zugleich festgestellt, ob die Angelegenheit auch an den Strafrichter überwiesen werden soll. Der Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten geht deshalb meist auf dem Umwege über das Disziplinarverfahren vor sich. Besonders wird auch ein durch die Amtspflichtverletzung betroffener Privater den Umweg über eine Disziplinarbeschwerde vorziehen, obschon er selber beim Strafrichter Strafanzeige erstatten könnte, denn dadurch entzieht er sich der Möglichkeit, wegen einer leichtfertigen Anzeige verantwortlich gemacht zu werden.

---

26) Vergl. Kaufmann Seite 622 ff.
27) Vergl. Sauter Seite 74 ff.
28) Vergl. Gülland No. 376.
29) Vergl. Gülland No. 378.

## § 3. Die Ordnung der Beamtendisziplin im Kanton Bern

*a) Im Allgemeinen.*

Der Kanton Bern hat kein eigentliches, für alle seine Beamten geltendes Beamtengesetz. Die Regelung der Verhältnisse zwischen dem Staat und den Beamten einerseits, und den Beamten untereinander andererseits, ist in vielen verschiedenen Gesetzen, Verordnungen und Reglementen rechtlich geordnet worden. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn wir alle diese verschiedensten Rechtsvorschriften zusammenstellen und miteinander in Beziehung bringen wollten. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass auch der Kanton Bern eine hierarchische, dezentralisierte Verwaltungsorganisation besitzt. Die untern Behörden unterliegen der Aufsicht der obern Behörden. Die oberste Zentralverwaltung liegt grundsätzlich beim Regierungsrat[1]. Gewisse Verwaltungsbefugnisse stehen jedoch dem Grossen Rat[2] und dem Volke[3] selber zu.

Für unsere Arbeit handelt es sich darum, festzustellen, wie die Beamtendisziplin der kantonalen Beamten und Angestellten geordnet ist, namentlich zu untersuchen, wie diese Disziplin für die Gerichtspersonen praktisch durchgeführt wird, um dann insbesondere die Stellung der bernischen Zivilprozessbeschwerde im Rahmen dieser Regelungen zu ermitteln.

1. Der Art. 15 der Staatsverfassung von 1893 bestimmt: „Jede Behörde, jeder Beamte und Angestellte ist für seine Amtsverrichtungen verantwortlich". In dieser Vorschrift wird demnach als oberster Grundsatz ganz allgemein festgestellt, dass die Beamten und Angestellten für ihre Amtshandlungen verantwortlich gemacht werden können. Die weitere Ausgestaltung wird der Gesetzgebung überlassen.

2. Die Ausführung dieses Verantwortlichkeitsartikels der Staatsverfassung erfolgte im Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851. Nebenbei sei bemerkt, dass dieses Gesetz nur für die kantonal-bernischen Behörden, Beamten und Angestellten Geltung hat. Es gilt nicht für die eidg. Behörden und Beamten, für die eine eidg. Regelung besteht[4], und es gilt nicht für die Gemeindebehörden und -beamten, für welche die Verantwortlichkeit im Gemeindegesetz von 1917[5] geregelt ist.

Was das Verantwortlichkeitsgesetz unter Verantwortlichkeit der Beamten versteht, sagt es in seinen § 2 und 3: *Verpflichtung* zu treuer

---

1) Art. 33—44 der St. V.
2) Art. 18 ff. der St. V.
3) Art. 6 ff. der St. V.
4) B. G. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 und B. G. über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927.
5) Gemeindegesetz vom 9. Dezember 1917, Art. 39 ff.

Erfüllung aller Obliegenheiten des Amtes, wie sie in der Verfassung, den Gesetzen, Verordnungen oder Reglementen festgesetzt sind und *Haftung* für allen Schaden, der aus der Verletzung derartiger Pflichten entstanden ist. Die Verantwortlichkeit besteht gegenüber dem Staat und gegenüber den Beteiligten.

Wird die Verantwortlichkeit gegen die Tätigkeit einer Kollegialbehörde geltend gemacht, so trifft sie jedes Mitglied dieser Behörde einzeln. Jedes Mitglied ist nur gerade für seine Person verantwortlich, nicht etwa auch solidarisch für die übrigen Mitglieder. Neben den Mitgliedern ist Dritten gegenüber ebenfalls der Staat verantwortlich[6].

Die Verantwortlichkeit ist dreiteilig. Es wird unterschieden zwischen einer strafrechtlichen, einer zivilrechtlichen und einer disziplinarischen Verantwortlichkeit.

a) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit umfasst die sog. Amtsverbrechen und -vergehen einerseits[7], sowie alle übrigen Verbrechen und Vergehen des Strafgesetzbuches, bei welchen die Beamten den gleichen Vorschriften wie alle andern Bürger unterworfen sind, andererseits. Diese strafrechtliche Verantwortlichkeit wird geltend gemacht vor den ordentlichen Strafgerichten im ordentlichen Strafverfahren[8].

b) Die disziplinarische Verantwortlichkeit ist eine Verantwortlichkeit für nicht strafbare Widerhandlungen der Beamten gegen ihre Amtspflichten[9]. Sie wird in verschiedenen Verfahren geltend gemacht für den Regierungsrat und das Obergericht sowie einzelne Abteilungen desselben einerseits und für alle übrigen Behörden und Beamten andererseits. Für die ersten ist das Verfahren geordnet in den §§ 30 ff. des Verantwortlichkeitsgesetzes und für die zweiten in den §§ 10 ff. des selben Gesetzes. Die Geltendmachung der disziplinarischen Verantwortlichkeit erfolgt entweder durch den Staat selber, nämlich durch die Behörde, deren Aufsicht der fehlbare Beamte unterworfen ist, oder durch einen beteiligten Dritten auf dem Wege einer Beschwerde[10].

Zuständig zur Beurteilung einer Beschwerde ist in den meisten Fällen die unmittelbar vorgesetzte Behörde des Beschwerdebeklagten, in oberster Instanz jeweilen der Regierungsrat, das Obergericht, resp. der Grosse Rat, wenn die Beschwerde sich gegen den Regierungsrat oder das Obergericht selber richtet. Jeder Beschwerdeentscheid einer untern Behörde kann durch Rekurs bis zur obersten Verwaltungsbehörde, d. h. bis an den Regierungsrat oder das Obergericht weitergezogen werden. Welche Behörde im einzelnen Fall als vorgesetzte Behörde betrachtet werden muss, ist im Verantwortlichkeitsgesetz nicht geregelt, sondern den speziellen Gesetzgebungen überlassen.

---

6) Vergl. Verantwortlichkeitsgesetz § 4 und St. V. Art. 15.
7) St. G. B. Art. 312—322, Art. 110, Ziff. 4.
8) §§ 6—8 Verantwortlichkeitsgesetz.
9) § 10 Verantwortlichkeitsgesetz.
10) § 10 Verantwortlichkeitsgesetz.

Wird ein Beamter einer Pflichtverletzung schuldig befunden, so können folgende Massnahmen angeordnet werden. Die Beschwerdeinstanz kann in der Sache selber entscheiden. Die Sache, die somit der beschwerdebeklagten Amtsstelle vorgelegen hat, wird durch die Beschwerdeinstanz überprüft. Dazu tritt als Disziplinarmassnahme eventuell ein Tadel, oder wie man heute üblicherweise sagt, ein Verweis. Ferner kann der Beamte verantwortlich erklärt werden für den durch seine Pflichtverletzung entstandenen Schaden, und er kann behufs Abberufung den Gerichten überwiesen werden[11]. Bei der Beschwerde an den Grossen Rat kann dieser allerdings in der Sache selber keinen Entscheid fällen[12]. Es geht daraus hervor, dass der Grosse Rat nur gerade Disziplinarbefugnisse ausüben soll und nicht Verwaltungshandlungen vornehmen.

Wir ersehen aus dieser Ordnung der disziplinarischen Verantwortlichkeit, dass der Kanton Bern grundsätzlich die Kontrolle und Ausübung der Beamtendisziplin der vorgesetzten Behörde überlässt. Diese vorgesetzte Behörde kann eine Verwaltungsbehörde oder eine Gerichtsbehörde oder gar eine gesetzgebende Behörde sein. In Ausübung dieser Funktion sind jedoch alle diese Behörden Verwaltungsbehörden. Teile des staatlichen Verwaltungsapparates. Mit ihren übrigen Tätigkeiten als gesetzgebende oder als rechtsprechende Behörden hat die Disziplinaraufsicht nichts zu tun. Der Grosse Rat des Kantons Bern ist nicht ein reines gesetzgebendes Organ, das Obergericht hat nicht nur rechtsprechende Tätigkeit auszuüben, alle beide haben auch verwaltungsrechtliche Funktionen, und die Disziplinaraufsicht ist ein Teil dieser verwaltungsrechtlichen Funktionen.

c) Schliesslich haben wir noch die zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Sie kann, wenn zugleich ein strafrechtliches Verfahren infolge strafrechtlicher Verantwortlichkeit durchgeführt wird, adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht werden[13]. In allen andern Fällen ist der Zivilrichter zuständig. Die Zivilklage ist jedoch erst zulässig, wenn durch die zuständige Administrativbehörde festgestellt worden ist, dass eine Verletzung der Amtspflichten vorliegt[14]. Der Zivilrichter kann nie feststellen, ob eine Amtspflichtverletzung bestehe oder nicht. Dies ist ausschliesslich Sache der Administrativbehörden. Sache des Zivilrichters ist es dann aber festzustellen, ob ein Schaden vorliege und wie hoch derselbe zu bewerten sei.

Der Zivilanspruch kann auch direkt gegen den Staat geltend gemacht werden, welcher seinerseits auf den fehlbaren Beamten Rückgriff nehmen kann. Diese direkte Klage ist jedoch erst möglich, nachdem sich

---

11) § 26 Verantwortlichkeitsgesetz.
12) § 39 Verantwortlichkeitsgesetz.
13) §§ 5; 47 Verantwortlichkeitsgesetz.
14) § 48 Verantwortlichkeitsgesetz.

der Kläger mindestens 30 Tage zuvor vergeblich an den Regierungsrat gewendet hatte[15]).

3. Diese allgemeine Regelung der Verantwortlichkeit der kantonalen Beamten im Verantwortlichkeitsgesetz von 1851 will keineswegs eine abschliessende sein. Im § 11 dieses Gesetzes wird ausdrücklich die Möglichkeit vorbehalten durch besondere Gesetzesvorschriften für gewisse Klassen öffentlicher Beamter oder Angestellter besondere Verantwortlichkeitsvorschriften aufzustellen. Nur soweit keine besonderen Vorschriften bestehen gelten die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes von 1851.

*b) Die Beamtendisziplin der Gerichtspersonen des Zivilprozesses im besondern.*

1. Die Gesetzgebung hat von der ihr im § 11 des Verantwortlichkeitsgesetzes gegebenen Möglichkeit, Sondervorschriften aufzustellen, insbesondere bei den Gerichtspersonen Gebrauch gemacht. Ziemlich allgemein gehaltene Bestimmungen enthält hiefür das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Januar 1909. Darnach steht das Obergericht unter der Aufsicht des Grossen Rates, und es muss demselben alljährlich über die gesamte Rechtspflege des Kantons Bericht erstatten[16]). Das Obergericht seinerseits übt durch seine Kammern die Aufsicht über die übrigen Gerichtsbehörden und Beamten aus, soweit es deren Funktionen als Organe der Rechtspflege anbetrifft. Diesen Aufsichtsbehörden, also den Kammern des Obergerichtes, steht die Befugnis zu, ihnen unterstellte Gerichtsbeamten wegen Pflichtverletzungen mit einer Rüge oder mit einer Geldbusse bis zu Fr. 200.— zu belegen. Über die Abberufung von Gerichtspersonen kann nur das Plenum des Obergerichtes urteilen[17]). Den Kammern steht hiezu nur das Antragsrecht zu. An Stelle der Abberufung kann sich das Plenum des Obergerichtes mit einer geringeren Disziplinarstrafe begnügen[18]).

2. Für die Gerichtspersonen, die Funktionen im Zivilprozess ausüben, stellt die Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918 nun noch einige besondere Verantwortlichkeits- und insbesondere Disziplinarvorschriften auf.

So ist vor allem einmal die im Art. 90 ZPO vorgesehene Kassation von Amtes wegen ein Ausfluss des Aufsichtsrechtes des Appellationshofes über die untern Gerichtsbehörden. Sie ist nicht etwa ein Rechtsmittel und kann folglich von den Parteien nicht beantragt werden.

---

15) Art. 15 der St. V.
§ 51 Verantwortlichkeitsgesetz.
16) Art. 8 GOG.
17) Art. 6 Gesetz über die Abberufung öffentlicher Beamter vom 20. Februar 1851 in Verbindung mit Art. 7 GOG.
18) Art. 7 GOG.

entspricht jedoch infolge der Beschränkung der Rechtsmittel einem wirklichen Bedürfnis[19]. Eine Kassation des Prozessverfahrens kann erfolgen, wenn wesentliche Grundsätze des Verfahrens derart verletzt worden sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert worden ist[20].

Der Art. 15 der ZPO regelt die Verantwortlichkeit der Gerichtspersonen für den Schaden, der den Parteien oder Drittpersonen durch Arglist oder Fahrlässigkeit zugefügt worden ist. Da jedoch dieser Artikel die Verantwortlichkeit der Gerichtspersonen nicht selbständig regeln will, verweist er in seinem zweiten Abschnitt auf das Verantwortlichkeitsgesetz von 1851. Grundsätzlich wird also die Verantwortlichkeit der Gerichtspersonen im Zivilprozess nicht besonders geregelt, sondern unterliegt den allgemeinen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten, sowie den allgemeinen Bestimmungen des GOG.

Ganz besondere Verantwortlichkeitsbestimmungen enthält jedoch die ZPO in ihrem IV. Abschnitt über die Beschwerde. Da der Gesetzestext des Art. 374 ausdrücklich auf den § 11 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 19. Mai 1851 hinweist, ist klar gesagt, dass die Beschwerde der ZPO ein Anwendungsfall der Verantwortlichkeitsbeschwerde ist, und dass für diese, soweit ein in Art. 374, Ziff. 1—4, vorgesehener Beschwerdegrund zutrifft, in erster Linie die Bestimmungen der ZPO und nur ergänzend, d. h. soweit das Prozessgesetz nichts anderes sagt, diejenigen des Verantwortlichkeitsgesetzes gelten. Es ist vor allem eine Disziplinarbeschwerde wegen nicht strafbarer Amtspflichtverletzung einer Gerichtsperson, verbunden mit der Möglichkeit der gleichzeitigen Geltendmachung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, wenn den Parteien oder eventuellen Drittpersonen ein Schaden erwachsen ist[21].

Somit hätten wir eine erste Wurzel der Beschwerde der Zivilprozessordnung ermittelt. Diese Wurzel liegt im Disziplinarwesen, in der Aufsicht des Staates über seine Beamten und Angestellten, wie sie in der Staatsverfassung festgelegt ist. Diese Regelung der Disziplinargewalt in Form einer Beschwerde, und nicht nur in Form eines Aufsichtsrechtes der vorgesetzten Behörde und deren Einschreiten von Amtes wegen, entspricht einem praktischen Bedürfnis, weil auch die Parteien und Drittpersonen ein Interesse an der Durchführung des Disziplinarverfahrens haben können. Sie bewirken dieses Verfahren durch Einreichung der Beschwerde.

---

19) Vergl. Leuch Art. 90 N. 1.
20) Vergl. Art. 90 ZPO.
21) ZPO Art. 378 letzter Satz.

## B. Die Wurzel der Beschwerde im Rechtsmittelsystem

### § 4. Die Rechtsmittel im allgemeinen

Eine eingehende Behandlung der Lehre von den Rechtsmitteln gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Um jedoch das Wesen der Beschwerde im bernischen Zivilprozess, namentlich ihre Stellung im Gegensatz zu den Rechtsmitteln zu verstehen, ist es nötig, die hauptsächlichsten Grundsätze über die Rechtsmittel, die jeder Gesetzgebung zu Grunde liegen, kurz zu behandeln.

Im weitesten Sinne des Wortes ist Rechtsmittel jedes Mittel um zu seinem Rechte zu gelangen. Demnach würde der Rechtsmittelbegriff einen Bestandteil jeglichen Rechtes sein, und das ganze Zivilprozessrecht wäre ein Rechtsmittel das dazu dient, seine zivilen Ansprüche durchzusetzen.

Im engern, gebräuchlicheren Sinne jedoch verstehen wir unter einem Rechtsmittel einen prozessualen Rechtsbehelf, der dazu dient, eine richterliche Entscheidung anzufechten und eine günstigere herbeizuführen. Man bezweckt somit mit der Einlegung eines Rechtsmittels eine Neubeurteilung eines Falles zu erreichen, um dadurch zu einem günstigeren Urteil zu gelangen.

Noch enger definiert das deutsche Zivilprozessrecht den Begriff des Rechtmittels, das darunter nur prozessuale Rechtsbehelfe versteht, durch welche richterliche Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höhern Richter angefochten werden können[1]). Diese enge Definition trifft man in keinem schweizerischen Prozessrecht. So kennt denn auch das bernische Zivilprozessrecht Rechtsmittel gegen bereits in Rechtskraft erwachsene Urteile (Nichtigkeitsklage und Neues Recht), wie auch ein Rechtsmittel, das zur Neubeurteilung durch denselben Richter führt, der bereits das erste Urteil in der Sache gefällt hat (Neues Recht). Der Grund der Notwendigkeit von Rechtsmitteln liegt in der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis. Eine Entscheidung kann tatsächlich unrichtig sein, oder sie wird von der unterliegenden Partei für unrichtig gehalten.

Die Rechtsmittel sollen sämtlichen am Ausgang eines Prozesses interessierten Personen und Parteien dienen. Interessiert sind einerseits der Staat als Hüter des Rechtes, andererseits die Parteien und eventuell beteiligte Dritte. Je nachdem sind Wesen und Zweck eines Rechtsmittels verschieden.

Die *Partei* hat ein Interesse am materiell richtigen Urteil. Sie muss die Möglichkeit haben ein unrichtiges Urteil abändern zu lassen, ihrem berechtigten Anspruch zum Durchbruch zu verhelfen und den gewünschten Prozesserfolg schliesslich doch herbeizuführen. Dazu dient

1) Barazetti: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde, Seite 1.

ihr das Rechtsmittel. Ist das Interesse der Partei, ihren Anspruch durchzusetzen, zu wenig gross, so dass sie den Verlust an Geld und Zeit, der durch die Weiterziehung des Prozesses entsteht, nicht in Kauf nehmen will, so ist sie nicht verpflichtet, von einem Rechtsmittel Gebrauch zu machen. Sie wird nicht etwa vom Staate gezwungen ihr Recht weiter zu verfolgen und ein absolut richtiges Urteil herbeizuführen. Sie kann sich auch mit einem unrichtigen Urteil zufrieden geben, denn der Zivilprozess steht auf dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime. Es ist somit Sache der Parteien, ihre Rechtsansprüche geltend zu machen. In der Regel können deshalb nur die Parteien ein Rechtsmittel einlegen.

Der *Staat* hat ein Interesse an einer guten Rechtsmittelordnung, weil er der Hüter jeglichen Rechtes ist. Der Zivilprozess ist Rechtsverwirklichung mit staatlicher Hilfe. Der Staat will die Richtigkeit seiner Rechtsprechung nach Möglichkeit garantieren und ist darauf bedacht, der materiellen Wahrheit unbedingt zum Durchbruch zu verhelfen. Je mehr ihm dies gelingt, desto grösser ist die staatliche Autorität[2]). Er hat deshalb seine Gerichtsorganisation in mehrere Instanzen gegliedert. Ein Streitfall, der von gewisser Wichtigkeit ist, kann vor verschiedenen Gerichten ausgetragen werden, wobei die oberste Instanz zugleich die qualifizierteste sein soll. Eine eingehende Prüfung und Würdigung sollte dadurch jedem geltend gemachten Rechtsanspruch von Bedeutung gesichert sein.

Es ist auch möglich, dass ein Fehlurteil seine Ursache nicht beim urteilenden Gericht selber hatte. Es können Umstände mitgespielt haben, die vom Gericht oder den Parteien unabhängig waren. Auch hier helfen die Rechtsmittel, um vor der gleichen Instanz ein neues Urteil zu erwirken.

Die Bundesverfassung garantiert für alle die Gleichheit vor dem Gesetze. Auf dieser Gleichheit basiert die demokratische Staatsidee. Es ist deshalb auch für eine Gleichheit der Rechtsanwendung zu sorgen. Diese gleichmässige Rechtsanwendung und die Einheit des Rechtes sucht der Staat dadurch zu gewährleisten, dass er jeden Instanzenzug in eine einzige Spitze auslaufen lässt. Der Weg zu dieser Spitze, d. h. zum obersten Gerichte, kann in der Regel nur durch die Rechtsmittel beschritten werden.

Die Gesamtheit der Rechtsbehelfe, die zur Fortsetzung eines Rechtsstreites vor neuer oder gleicher Instanz zur Verfügung stehen, bilden das Rechtsmittelsystem. Dieses ist in den verschiedenen Zivilprozessgesetzen gänzlich verschieden ausgestaltet. Trotzdem hat die Doktrin eine Dreiteilung des Rechtsmittelsystems herausgearbeitet, d. h. drei Hauptrechtsmittel festgelegt, entsprechend den drei Hauptfehlern, die

---

2) S. Wach, Vorträge, Seite 177.

einem Urteil anhaften können. Ich greife dabei auf die grundlegende Systematik bei Heusler zurück[3]).

a) Ein Streitfall kann materiell unrichtig beurteilt worden sein. Es erfolgt eine Anfechtung der causa in judicium data. Diese materielle Ungerechtigkeit verlangt eine Änderung und Ersetzung des Urteils durch ein besseres. Durch Berufung oder Appellation soll eine neue Beurteilung die materielle Wahrheit herbeiführen.

b) Ein Urteil kann angefochten werden wegen formeller Nichtigkeit. Das Verfahren leidet an einem Mangel, wie z. B. wenn eine Partei nicht zum Termin geladen wurde, das Gericht nicht richtig besetzt war, einer Partei das rechtliche Gehör verweigert wurde etc. Diese formelle Nichtigkeit fordert eine Aufhebung des Urteils. Durch Einlegung einer Nichtigkeitsbeschwerde soll ein Kassationsurteil erreicht werden, das das formell unrichtige Urteil aus der Welt schafft.

c) Schliesslich kann ein Urteil formell und materiell richtig sein und dennoch mit der materiellen Wahrheit in Widerspruch stehen, weil nicht der ganze Sachverhalt vorgebracht werden konnte. Aus Billigkeitsgründen muss auch ein solches Urteil wieder aufgehoben werden können. Durch eine in integrum restitutio gewährt man einer Partei, wenn sie am Nichtvorliegen des wahren Sachverhaltes unschuldig ist, eine Neubeurteilung des Streitfalles vor dem gleichen Gericht.

Eigentlich erzeugt nur die Appellation eine organische Fortsetzung des Prozesses, die sich an den bisher behandelten Prozess anschliesst und ihn in seiner Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit anerkennt. Nur das Endurteil, die Schlussfolgerung, die der Richter aus dem vorhandenen Aktenmaterial gezogen hatte, soll verbessert werden. Die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen richtet sich gegen den ganzen bisherigen Prozess und sein Urteil. Sie will diesen Prozess aus der Welt schaffen. Die in integrum restitutio schliesslich geht darauf aus, den bisherigen Prozess durch neue Verhandlungen zu vervollständigen, zu ergänzen und verbessern, um, wenn die Umstände es rechtfertigen, ein neues Urteil zu erhalten.

Diese Rechtsmittellehre, die sich rein nach dem Zweck der Rechtsmittel richtet, mag einfach erscheinen, ist jedoch in ihrer praktischen Durchführung oft auf Schwierigkeiten gestossen. Die verschiedenen Prozessgesetze haben in ihrer grossen Mehrheit, wohl von praktischen Erwägungen ausgehend, auf eine scharfe logische Scheidung der Rechtsmittel verzichtet. Dadurch entstand vielerorts eine nicht geringe Verwirrung, so dass Heusler[4]) schrieb, es sei „unerquicklich" über diesen Gegenstand zu schreiben. Wie wir jedoch später sehen werden, hat gerade die bernische Zivilprozessordnung die wissenschaftliche Dreiteilung Heuslers übernommen.

---

3) Heusler, Seite 150.
4) Heusler Seite 153.

Eine weitere Einteilung der Rechtsmittel ist die Unterscheidung in ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel. Nach der Systematik von Heusler hätte diese Unterscheidung keinen Sinn. Denn welchen Wert hätte es zu sagen: ordentliches Rechtsmittel ist die Appellation, aber unter Umständen hat auch die Nichtigkeitsbeschwerde appellatorischen Charakter[5], oder ein formeller Mangel ist durch die Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen, aber unter gewissen Umständen muss die Aufhebung des Verfahrens durch Appellation anbegehrt werden. Gehen wir aber von der Wirkung der Rechtsmittel aus, so sind ordentliche Rechtsmittel diejenigen, welche mit Suspensivwirkung versehen sind, d. h. welche den Eintritt der formellen Rechtskraft hindern. Im Gegensatz dazu sind ausserordentliche Rechtsmittel alle die, die sich gegen bereits rechtskräftige Entscheide richten. Diese haben keinen Suspensiveffekt.

Die Rechtsmittel dienen nur zur Anfechtung der nach verhandeltem Rechtsstreit unter den Parteien ergangenen Urteile. Es bedarf deshalb eines weitern Rechtsbehelfs für die Fälle, wo ohne Endurteil die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens versagt oder aufgehoben wird, gegen Verfügungen im Laufe des Verfahrens u. a. m. Diese Lücke müssen die Gesetzgeber auf irgend eine Weise ausfüllen, sei es indem sie die Rechtsmittel auch für diese Fälle ausdrücklich zur Verfügung stellen, sei es, dass sie ein anderes, besonderes Institut hiefür schaffen oder sei es endlich, dass sie nur die Möglichkeit der Einschreitung der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen vorsehen. Wo es sich nur um disziplinarische Massnahmen handelt, die anzuordnen wären, weil eine Gerichtsperson ihren Pflichten nicht nachkommt, finden wir die erforderlichen Rechtsbehelfe in vielen Gesetzgebungen irgendwo unter den Rechtsmitteln eingereiht[6], in andern finden wir sie in den Zivilprozessordnungen besonders und unabhängig von den Rechtsmitteln geregelt[7], in den allermeisten Fällen jedoch müssen wir zur Erlangung von Disziplinarmassnahmen auf die Verwaltungsgesetze greifen[8]. Wo der Gesetzgeber innerhalb seiner Zivilprozessordnung ein besonderes Rechtsinstitut neben den Rechtsmitteln für derartige Fälle statuiert, nennt er es in der Regel einfach Beschwerde. Eine gewisse Verwandtschaft dieser Beschwerden mit den Rechtsmitteln lässt sich nicht leugnen; am besten bezeichnet man sie als rechtsmittelähnliche Rechtsbehelfe. Gegenüber den eigentlichen Rechtsmitteln sind sie meistens nur von untergeordneter Bedeutung.

---

5) ZPO Art. 360. 2

6) Vergl. Luzern ZPO § 282 ff., Uri ZPO Art. 295, Zug ZPO § 208 Ziff. 2, Solothurn ZPO Art. 238 ff., Basel-Land ZPO § 234, Schaffhausen ZPO § 307, Appenzell I. Rh. für Rechtsverweigerung ZPO Art. 102, Ziff. 4, Graubünden wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Art. 242 ZPO.

7) Bern, Beschwerde nach 374 ZPO, Schwyz für Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung ZPO § 176.

8) Zürich, Ordnungsstrafengesetz vom 30. Weinmonat 1866.

## § 5. Die Rechtsmittelvoraussetzungen

Bülow[1] hat die Lehre von den Prozessvoraussetzungen begründet. Nach ihm bedarf es zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses immer des Vorhandenseins von bestimmten Voraussetzungen. Er betrachtet den Prozess ebenfalls als ein Rechtsverhältnis. Subjekte desselben sind die Gerichte und die Parteien. Auch dieses Prozessrechtsverhältnis hat seine Voraussetzungen, die sog. Prozessvoraussetzungen.

Die heutige Prozessrechtswissenschaft hat die Lehre von den Prozessvoraussetzungen übernommen, allerdings nicht mehr ganz im Sinne von Bülow. Man geht heute davon aus, dass nicht nur die materiell urteilende Tätigkeit des Gerichtes Prozess sei. Somit darf man nicht sagen: die Voraussetzungen der materiellen Beurteilung durch das Gericht sind die konstitutiven Elemente eines Prozesses. Prozessvoraussetzungen sind vielmehr solche Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit in der Sache geurteilt werden kann.

So, wie bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein erstinstanzlicher Richter in die Lage kommt, in einer Sache urteilen zu können, so müssen auch bestimmte Voraussetzungen gegeben sein, um einem oberinstanzlichen Gericht die Möglichkeit zu geben, ein Sachurteil zu fällen. Diese Voraussetzungen nennen wir, in Anlehnung an den Begriff der Prozessvoraussetzung, die Rechtsmittelvoraussetzungen. Fehlt eine solche Rechtsmittelvoraussetzung, so bleibt der Rechtsmittelweg verschlossen.

Man unterscheidet nun bei den Rechtsmittelvoraussetzungen solche allgemeiner und solche besonderer Natur. Die allgemeinen Rechtsmittelvoraussetzungen sind die, die bei jedem Rechtsmittel vorliegen müssen und die wir im nachfolgenden näher betrachten wollen. Die besondern Rechtsmittelvoraussetzungen müssen nur gerade beim betreffenden, einzelnen Rechtsmittel vorliegen. Durch diese besondern Voraussetzungen unterscheiden sich die verschiedenen Rechtsmittel voneinander. Aber die besonderen Voraussetzungen stehen nicht etwa im Gegensatz zu den allgemeinen. Die allgemeinen Voraussetzungen bilden das Prinzip, die speziellen die Anwendung desselben.

Es lassen sich hauptsächlich drei Arten von allgemeinen Rechtsmittelvoraussetzungen unterscheiden[2], nämlich:

1. das Rechtsmittel muss statthaft sein,
2. Frist und Form müssen eingehalten werden,
3. es muss eine Beschwernis vorliegen.

### *1. Die Statthaftigkeit des Rechtsmittels.*

a) In erster Linie muss eine *Entscheidung* vorliegen, gegen die sich das Rechtsmittel richten kann. Es muss sich um einen Entscheid eines

1) Bülow, Prozesseinreden Seite 1 ff.
2) Vergl. Gaupp-Stein, Seite 2 ff.

staatlichen Gerichtes handeln, der in Anwendung der betreffenden Zivilprozessordnung erlassen wurde. Es ist dann Sache der speziellen Rechtsmittelvoraussetzungen zu bestimmen, welcher Art der anfechtbare Entscheid sein muss.

b) Das Rechtsmittel muss beim *zuständigen* Gericht eingelegt werden. Die zweite Instanz muss genau gleich wie die erste ihre Zuständigkeit prüfen.

c) Die Person, die das Rechtsmittel einlegt, muss hiezu auch legitimiert sein. In erster Linie sind dies die Parteien, d. h. diejenigen Personen, die an der Streitsache berechtigt sind und im vorangegangenen Verfahren gestritten haben. Neben den Parteien kommen aber noch weitere Personen in Betracht, wobei es auf deren Stellung ankommt, die sie im vorigen Prozessstadium eingenommen haben. So kann beispielsweise der *Intervenient*, wenn er nicht gegen den ausdrücklichen Willen der Partei, neben welcher er interveniert hat, handelt, ein Rechtsmittel einlegen. Ebenso kann in der Regel ein *Litisdenunziat*, gleich wie der Intervenient, ein Rechtsmittel ergreifen. Ein einzelner *Streitgenosse* kann ein Rechtsmittel nur in dem Umfang ergreifen, als er einzeln zur Klage legitimiert wäre, also nicht, wenn die Streitgenossen am Streitgegenstande gesamtberechtigt sind. Ferner ist der *Staat* überall da, wo er zur Wahrung der öffentlichen Interessen an einem Prozess teilnimmt, auch zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt. Ein *Parteivertreter* bedarf wohl nach den meisten Gesetzgebungen keiner neuen Vollmacht für die zweite Instanz, nachdem er in der ersten bevollmächtigt war. An die Stelle der Partei kann auch der *Universalsukzessor* treten. Für die unmündige Person handelt der *gesetzliche Vertreter*.

### 2. *Die Einhaltung von Frist und Form.*

a) Eine Frist ist ein Zeitraum, binnen welchem eine Handlung vorzunehmen ist. Wir können dabei gesetzliche und richterliche Fristen unterscheiden. Richterliche Fristen können in der Regel erstreckt werden, gesetzliche Fristen dagegen nicht. Die für die Rechtsmittel geltenden Fristen sind gesetzliche, und eine Verlängerung derselben ist nicht möglich. Die manchmal recht knappe Befristung liegt im Interesse einer raschen Rechtsprechung und im Interesse der Rechtssicherheit. Über die Berechnung der Frist stellen die einzelnen Zivilprozessordnungen die erforderlichen Vorschriften auf, wobei in den meisten Fällen auf das OR verwiesen wird.

b) Das Rechtsmittel muss formgerecht eingelegt werden. Zivilprozessrecht ist öffentliches Recht, das seiner Natur nach zwingend ist; eine Abweichung von der vorgeschriebenen Form ist deshalb unzulässig. Wesentliche Formvorschriften, und nicht blosse Ordnungsvorschriften, sind alle diejenigen, bei deren Nichteinhaltung die Fortsetzung des Prozesses unmöglich würde. Eine wesentliche Formvorschrift ist mei-

stens die Schriftlichkeit, wobei jedoch auch etwa die mündliche Erklärung zu Protokoll genügt, die aber wohl der Schriftlichkeit gleichgesetzt werden darf. Auch muss das Rechtsmittel in der Regel unbedingt eingelegt werden, ein Erfordernis das durch die Rechtssicherheit bedingt ist. Es könnte sonst durch die Abhängigmachung von einem ungewissen in ferner Zukunft liegenden Ereignis die Partei die Rechtsmittelfrist ungebührlich erstrecken.

*3. Die Beschwernis.*

Zu den Voraussetzungen eines Rechtsmittels wird auch das Vorhandensein einer Beschwernis gezählt. Eine Partei darf nur dann ein Rechtsmittel einlegen, wenn sie zur Zeit der Einlegung beschwert ist. Sie muss ein Interesse an der Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheides haben, was nur der Fall ist, wenn das Urteil ganz oder teilweise zu ihren Ungunsten lautet. Ist das Rechtsbegehren einer Partei im vollen Umfang zugesprochen worden, so müsste demnach ein Rechtsmittel dieser Partei als unzulässig *zurückgewiesen* werden. Diese Auffassung wird vielfach vertreten und damit begründet, dass dies schon aus dem Wesen des Rechtsmittels hervorgehe, das auf die Herbeiführung einer günstigeren Entscheidung abziele[3]. Man kann sich jedoch fragen, ob nicht an Stelle einer Rückweisung wegen fehlendem Interesse, ein Eintreten auf das Rechtsmittel und eine Abweisung am Platze sei, d. h. eine Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Auch diese Ansicht wird in der Theorie vertreten[4]. Heute bekennt man sich mehrheitlich zur ersten Auffassung, die das Vorhandensein der Beschwernis als unbedingte Rechtsmittelvoraussetzung betrachtet. Es wird in der Regel einfach sein, festzustellen, ob eine Beschwernis vorhanden sei oder nicht. Ist keine solche vorhanden, so verlangt schon der Grundsatz der Prozessökonomie, dass nicht das ganze Verfahren durchgeführt, sondern dass kurzerhand zurückgewiesen wird.

## § 6. Das System der Rechtsmittel der ZPO

Die bernische Zivilprozessordnung von 1918 ordnet in ihrem Abschnitt III, der die Überschrift „Rechtsmittel" trägt, in drei Titeln die Appellation, die Nichtigkeitsklage und das Neue Recht. Ordentliches Rechtsmittel ist die Appellation, denn sie richtet sich gegen ein noch nicht in Rechtskraft erwachsenes Urteil, ausserordentliche Rechtsmittel sind die Nichtigkeitsklage und das Neue Recht, die gegen bereits in Rechtskraft erwachsene Urteile eingelegt werden können.

---

3) Vergl. Gaupp-Stein, II, Seite 9;
Wach, Voträge, Seite 262;
Weiss, Seite 79.

4) Vergl. Planck II, Seite 443 ff.
Hellwig I, Seite 836.

Die bernische Prozessordnung hat die Dreiteilung im Rechtsmittelsystem wie sie Heusler theoretisch aufstellte, grundsätzlich übernommen.

*a) Die Appellation.*

Die Appellation ist das klassische Rechtsmittel zur Bekämpfung des materiell unrichtigen Urteils. Art. 333 der ZPO sagt: „Durch die Appellation wird zur Abänderung eines Urteils einer untern Gerichtsbehörde der Entscheid des Appellationshofes angerufen." Viel mehr, als dass die Appellation ein Rechtsmittel sei, sagt uns diese Definition nicht. Um das wirkliche Wesen der Appellation zu verstehen, müssen wir ihre wichtigsten Merkmale herausgreifen, wobei es natürlich nicht im Rahmen dieser Arbeit liegt, die Appellation eingehend zu behandeln. Die Appellation bezweckt die Findung eines neuen Urteils mit Benützung der gleichen Mittel, die schon dem erstinstanzlichen Richter zur Verfügung standen. Der ganze Rechtsstreit erneuert sich vor der Appellationsinstanz. Das Verfahren der Vorinstanz wird nicht beseitigt, sondern bildet die Grundlage des oberinstanzlichen Verfahrens. Der Streit devolviert von dem untern an das obere Gericht. Dieser Devolutiveffekt ist ein erstes wesentliches Merkmal der Appellation. Es ist in Art. 333, Abs. 2, ZPO enthalten.

Ferner hat die Appellation Suspensiveffekt, d. h. mit ihrer Ergreifung wird der Eintritt der Rechtskraft des Urteils gehemmt. Dies geht aus Art. 334 ZPO hervor, der sagt: „Durch die Unterlassung der Appellation wird das Urteil der ersten Instanz rechtskräftig."

Die Appellation ist das umfassendste Rechtsmittel. Sie ist nicht an einen bestimmten Mangel gebunden, sondern dient ganz allgemein dazu, irgendwelche Mängel formeller oder materieller Natur zu heilen. Eine durch ein Urteil beschwerte Partei erhält durch die Appellation die Möglichkeit, den Rechtsstreit vor einem qualifizierteren Gerichte neu behandeln zu lassen, sofern sie das Urteil als ungerecht empfindet. Dadurch, dass sie irgendwelche Mängel heilen kann, nimmt die Appellation gegenüber den andern Rechtsmitteln eine primäre Stellung ein. Solange sie offen steht, also während der Appellationsfrist, ist die Einlegung eines andern Rechtsmittels ausgeschlossen[1]). Es können somit auch sämtliche Nichtigkeitsgründe mit dem Rechtsmittel der Appellation geltend gemacht werden, solange die Appellation für die durch den Nichtigkeitsgrund beschwerte Partei offensteht und solange die von ihr erklärte Appellation hängig ist[2]).

Damit jedoch dieses umfassende Rechtsmittel nicht für jeglichen kleinen Streit benützt werden kann, hat ihm der Gesetzgeber gewisse Grenzen gesetzt. Nur wichtige Entscheidungen sollen weitergezogen werden können. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten wurde eine

1) Art .337 ZPO.
2) Vergl. Leuch 337 N. 1.

Grenze beim Streitwert von Fr. 800.— festgelegt. Wird dieser Wert nicht erreicht, so urteilt die erste Instanz endgültig. Streitigkeiten, deren Streitwert nicht geschätzt werden kann, sind dagegen stets appellabel. Dazu können noch Fälle treten, die von Gesetzes wegen der Appellation ausdrücklich unterliegen. Im summarischen Verfahren gefällte Entscheide werden der Appellation nur in den im Art. 336 ausdrücklich erwähnten Fällen unterstellt. Gemäss Art. 335 unterliegen der Appellation nur solche Entscheidungen, die die erste Instanz abschliessen, also Endurteile und Endentscheide.

Das Urteil der Appellationsinstanz ist das Resultat einer Nachprüfung der Tat- und Rechtsfrage. Entweder wird die Appellation als unbegründet abgewiesen, oder sie wird gutgeheissen und ein neues Urteil gefällt, das an Stelle des erstinstanzlichen tritt. Die Appellationsinstanz muss den bei ihr vorgetragenen Rechtsstreit nicht in allen Fällen selber entscheiden, sondern sie kann ihn auch an die Vorinstanz zu neuer Behandlung und Beurteilung zurückweisen. Diese in Art. 352 enthaltene Möglichkeit war wohl vor allem für die Fälle gedacht, wo ein Nichtigkeitsgrund auf dem Wege der Appellation geltend gemacht wurde. Diese Rückweisungsmöglichkeit entspricht bestimmt nicht dem Grundsatz der Prozessökonomie und eine häufige Anwendung ist nicht empfehlenswert. Die meisten Prozessgesetzgeber kennen sie überhaupt nicht.

Zusammenfassend können wir die Appellation des bernischen Zivilprozessrechts wie folgt definieren: Sie ist ein mit Suspensiv- und Devolutiveffet versehenes, reformatorisches Rechtsmittel, gerichtet auf eine Überprüfung des Urteils in tatbeständlicher und rechtlicher Hinsicht.

### *b) Die Nichtigkeitsklage.*

Die bernische Zivilprozessordnung kennt keine absolute Nichtigkeit eines Urteils. Ein Urteil ist nie so unrichtig, das es einfach ignoriert werden könnte, so dass es genügen würde bei der Vollziehung die Einrede der Nichtigkeit zu erheben, um es umzustürzen[3]. Ein Urteil ist deshalb nie nichtig, sondern es ist mit dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage *anfechtbar*. Die Nichtigkeitsklage ist nichts anderes als die Klage auf Nichtig*erklärung* des Urteils. Wird ein Urteil gegen welches ein Nichtigkeitsgrund besteht nicht angefochten, so heilt der dem Urteil anhaftende Mangel.

Dabei dürfen nichtige Urteile nicht mit Nichturteilen verwechselt werden. Nichturteile sind solche, die entweder inhaltlich keine Urteile sein können, oder die von keiner richterlichen Behörde erlassen wurden[4].

---

3) Nicht zu verwechseln mit der in 409 ZPO vorgesehenen Möglichkeit eines Einspruches gegen die Vollstreckung, weil die Vollstreckungsvoraussetzungen fehlen.
4) Vergl. Hellwig, System I, Seite 556.

Der Zweck der Nichtigkeitsklage ist die Nichtigerklärung des Urteils oder Verfahrens. Das Rechtsmittel ist jedoch nicht für jedes Urteil oder Verfahren gegeben, denn solange die Appellation offensteht, ist die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen. Der Grund dafür ist im allgemeineren und umfassenderen Charakter der Appellation zu suchen. Die Appellation dient der Heilung eines jeglichen Mangels, also auch eines solchen, der gleichzeitig einen Nichtigkeitsgrund darstellt. Im Verhältnis zur Appellation ist die Nichtigkeitsklage deshalb subsidiäres Rechtsmittel. Prinzipiales Rechtsmittel ist sie nur im summarischen Verfahren[5]).

Eine eigentümliche Stellung nimmt dabei die Nichtigkeit nach Art. 360, Ziff. 2 ein, wo ein nicht appellables Urteil mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden kann, „wenn das Urteil klares Recht verletzt, indem es mit einer bestimmten Gesetzesvorschrift des Zivil- oder Prozessrechtes in Widerspruch steht oder sich auf eine offenbar unrichtige Akten oder Beweiswürdigung gründet". Eigentlich handelt es sich hier um eine Appellation ohne Suspensiveffekt für augenscheinlich unrichtig entschiedene Fälle. Diese Nichtigkeitsklage hat denn auch nicht bloss kassatorische, sondern auch reformatorische Funktion[6]). Diese eine Ausnahme in der bernischen Nichtigkeitsklage ist ein Eingriff in die sonst rein kassatorische Konstruktion des Rechtsmittels. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Ausnahme die Härte, die durch die feste Grenzziehung zwischen appellablen und nicht appellablen Urteilen entstanden war, mildern.

Das Wesen der Nichtigkeitsklage besteht hauptsächlich darin, dass ein Verfahren, welches zu einem Urteil führte obschon es an wesentlichen Mängeln litt, kassiert und damit aus der Welt geschafft werden kann. Das Ziel der Nichtigkeitsklage besteht in der Vernichtung des angefochtenen Urteils[7]).

*c) Das Neue Recht.*

Als drittes und letztes Rechtsmittel regelt die bernische Zivilprozessordnung das Neue Recht. Art. 367 ZPO sagt: „Durch das neue Recht sucht eine Partei um die Abänderung eines bereits in Rechtskraft erwachsenen Urteils durch neue Beurteilung der Streitsache nach". Es handelt sich also hier um ein weiteres Rechtsmittel, das sich gegen ein bereits rechtskräftiges Urteil richtet. Die Beschwerdegründe, die zur Einlegung berechtigen, sind im Gesetz abschliessend aufgezählt: unvollständiger Tatbestand, unvollständige Beweisführung, strafbare Einwirkung auf den richterlichen Entscheid[8]). Gegen Entscheide im sum-

5) Vergl. Art. 314 ZPO.
6) Art. 365 ZPO.
7) Vergl. Matti, die Nichtigkeitsklage in der bernischen Zivilprozessordnung Z. 65, Seite 1 ff.
8) Art. 368 ZPO.

marischen Verfahren ist das Neue Recht ausgeschlossen, da es sich dort nicht um Urteile im eigentlichen Sinne handelt und der Art. 314 die Möglichkeit der Einlegung dieses Rechtsmittels nicht ausdrücklich gibt, wie er es für die Appellation und Nichtigkeitsklage tut.

Die Einreichung des Rechtsmittels hat beim Richter, der in der Sache geurteilt hat, zu erfolgen, und dieser ist für die Gewährung, resp. Verweigerung des Neuen Rechtes zuständig. Dass derselbe Richter, der bereits über die Sache geurteilt hatte, wiederum zuständig ist, lässt sich dadurch erklären, dass sein Urteil weder materiell noch formell unrichtig war. Nach dem damals vorliegenden Sachverhalt hatte er richtig entschieden, er soll deshalb auch darüber entscheiden, ob bei berichtigtem Sachverhalt sein Urteil aufrecht erhalten werden kann oder nicht. Durch das gutgeheissene Rechtsmittel wird die materielle Rechtskraft des angefochtenen Urteils beseitigt. Dadurch entsteht die Möglichkeit, in einem nachfolgenden Prozess[9]) die Revision der Entscheidung anzustreben, weil jetzt die Einrede der beurteilten Sache nicht mehr angebracht werden kann. Würde kein solcher zweiter Prozess, für den eine Frist von drei Monaten seit der Gewährung des Neuen Rechts besteht, eingeleitet, so würde das frühere Urteil seine volle Wirksamkeit beibehalten, da es erst durch das Urteil des zweiten Prozesses ganz oder teilweise beseitigt wird. Dieses neue Urteil ersetzt das frühere Urteil indem es an dessen Stelle tritt. Da es sich um ein selbständiges Urteil handelt, richtet sich die Möglichkeit der Weiterziehung oder Anfechtung nach dem zweiten Prozess.

Die Vollstreckbarkeit des Urteils wird durch die Einlegung des Rechtsmittels nie berührt. Gegen den Entscheid über die Gewährung des Neuen Rechtes können Appellation oder Nichtigkeitsklage eingereicht werden (Art. 371).

Das Neue Recht ist im Verhältnis zur Appellation ebenfalls subsidiärer Natur. Neue Tatsachen und neue Beweismittel können in der Appellationsinstanz als nova vorgebracht werden. Erst, wenn die Appellation in solchen Fällen nicht mehr möglich ist, tritt an ihre Stelle die Möglichkeit der Ergreifung des ausserordentlichen Rechtsmittels des Neuen Rechts.

Das Wesen dieses Rechtsmittels besteht darin, den Parteien die Möglichkeit zu verschaffen, eine ohne ihr Verschulden unvollständig gebliebene Urteilsgrundlage zu korrigieren und den früher bestehenden Anspruch der neuen Urteilsgrundlage entsprechend geltend zu machen. Dagegen ist es nicht der Zweck des Rechtsmittels, rechtskräftige Entscheide einem seither veränderten Tatbestand anzupassen. Hiefür würde nur neue Klage helfen. Dass auch die nicht rechtzeitige Entdeckung des Mangels vor dem Urteil durch die Parteien unverschuldet sein muss,

9) Ist das Urteil nicht vollstreckt, dann erfolgt die Revision nach der Praxis im gleichen Prozess, was einfacher und zweckmässiger ist. Vergl. Leuch Art. 372. N[1]

ergibt sich a fortifiori bereits aus der Bestimmung, dass selbst im Hauptverfahren nova nur unter dieser Bedingung vorgebracht werden können.[10]).

## § 7. Ein Vergleich zwischen Beschwerde und Rechtsmitteln

Nachdem wir nun die charakteristischen Merkmale der Rechtsmittel im allgemeinen und der bernischen Rechtsmittel im besonderen kurz gestreift haben, wollen wir den Versuch machen, die Beschwerde nach 374 ZPO gegenüberzustellen und gemeinsame wie trennende Punkte hervorzuheben. Dabei wollen wir einmal die Beschwerde als Ganzes betrachten, dann aber auch eine Unterteilung vornehmen und innerhalb der Beschwerdefälle selber zwei Gruppen bilden, die Gruppe der Aufsichtsbeschwerde (374 Ziff. 1, 3 und 4) und die Gruppe der Prozesseinstellungsbeschwerde (374 Ziff. 2). Wir werden allerdings später, bei der Behandlung der rechtlichen Natur (§ 9) der Beschwerde eine weitere Unterteilung der Aufsichtsbeschwerde in eine sachliche und in eine Disziplinarbeschwerde vornehmen. Vorläufig jedoch sehen wir von dieser Unterscheidung noch ab.

I. Eine gewisse Ähnlichkeit weist die Beschwerde mit den Rechtsmitteln vor allem hinsichtlich des Verfahrens auf. Rechtsmittel wie Beschwerde müssen beim zuständigen Richter eingereicht werden, und dieser muss seine Zuständigkeit von Amtes wegen prüfen. Für Rechtsmittelinstanz wie Beschwerdeinstanz gilt hier der allgemeine Art. 1 der ZPO. Die Person, welche eine Beschwerde einreicht muss hiezu ebenso legitimiert sein wie eine Person, welche ein Rechtsmittel einreicht. Die zur Einlegung eines Rechtsmittels legitimierten Personen haben wir im § 5 bereits aufgezählt. Zur Einreichung einer Beschwerde sind gemäss Art. 375 ZPO die Parteien oder ihre Vertreter legitimiert, wozu aber auch noch Dritte treten können, wenn der Beschwerdefall des Art. 374, Ziff. 4 zutrifft. Ferner sind Rechtsmittel wie Beschwerden an Fristen zu ihrer Einreichung gebunden[1]). Auch verlangt die Beschwerde wie die Rechtsmittel eine formgerechte Einreichung. Der Art. 375 schreibt für sie Schriftlichkeit und Anbringung von Begehren, Begründung und Beweismittel vor.

Dagegen distanziert sich die Beschwerde von den Rechtsmitteln ganz gewaltig, indem sie sich nicht gegen eine Gegenpartei, sondern gegen den Richter richtet. Die Gegenpartei kann wohl durch die Beschwerdeinstanz zu Gegenbemerkungen veranlasst werden, sofern dies zur Entscheidung der Beschwerde als notwendig erachtet wird, aber ein Parteiverfahren wird nicht durchgeführt. Beschwerdebeklagt ist immer das Gericht oder eine Gerichtsperson. Da es sich nicht um ein Partei-

10) Vergl. Leuch 368 N. 4.

1) Näheres über die Beschwerdefrist siehe unten, § 12, lit. c.

verfahren handelt, ist es auch möglich, dass irgend ein Dritter, der am Prozessausgang nicht interessiert ist, wenn er durch die Gerichtsperson verletzt worden ist, eine Beschwerde einreichen kann.

Ganz besonders unterscheidet sich die Beschwerde von den Rechtsmitteln aber darin, dass sie nicht bezweckt, ein richterliches Urteil zu beseitigen, obschon sie, wie wir sehen werden, indirekt dazu führen kann. Aber eine Beschwerde, die ausschliesslich zum Zwecke der Aufhebung eines unrichtigen Urteils eingereicht wurde, würde die Beschwerdeinstanz abweisen müssen. Dazu sind die Rechtsmittel da[2]). Allerdings könnte eine Beschwerde sich gegen ein Urteil als solches richten, wenn dieses Urteil als Willkürakt zu betrachten wäre. Einen diesbezüglichen Entscheid hat der Appellationshof gefällt, als ein beschwerdebeklagter Richter ein Urteil, entgegen der ausdrücklichen Vorschrift der Verfassung, zugegebenermassen überhaupt nicht motivierte. Dadurch wurde verhindert, dass der Beschwerdeführer überprüfen konnte, ob sich der Richter überhaupt von ernsthaften, wenn auch vielleicht rechtsirrtümlichen Erwägungen, habe leiten lassen. Ein solches Urteil wurde als Willkürackt auf dem Beschwerdeweg aufgehoben[3]).

Trotzdem schafft der Art. 378 ZPO eine enge Anlehnung der Beschwerde an die Rechtsmittel, indem er sagt: „Wird die Beschwerde begründet erfunden, so hebt die Beschwerdeinstanz allfällige gesetzwidrige Amtshandlungen auf". Da hier keine Beschränkung dieser Bestimmung auf bestimmte Beschwerdefälle vorgenommen worden ist, könnte man annehmen, dass sie für sämtliche Beschwerdefälle Geltung haben soll. Dies scheint auch Leuch (378 N. 3) anzunehmen, denn er sagt: „Mit der gesetzwidrigen Amtshandlung wird das übrige Verfahren, soweit es davon beeinflusst ist, aufgehoben, nötigenfalls auch ein inzwischen gefälltes Urteil, das an und für sich nicht der Anfechtung durch Beschwerde unterliegt". Es scheint aber sehr fraglich, ob der Gesetzgeber mit der oben zitierten Bestimmung sämtliche Beschwerdefälle im Auge hatte. Wie wir später sehen werden, trifft diese Behauptung nicht ganz allgemein zu, sondern nur mit gewissen Einschränkungen[4]).

II. Wenn wir die Aufsichtsbeschwerde, wie sie sich aus den Ziff. 1, 3 und 4 des Art. 374 ergibt, mit den Rechtsmitteln noch besonders vergleichen, so ergibt sich als gemeinsames Merkmal für beide, dass durch sie eine Überprüfung eines staatlichen Hoheitsaktes auf seine Rechtsmässigkeit ermöglicht wird. Sonst jedoch weichen Aufsichtsbeschwerde und Rechtsmittel voneinander ab. Die Aufsichtsbeschwerde beruft sich auf das Subordinationsverhältnis, das dem gerichtlichen

2) Vergl. Z. 71, 197, wo versucht wurde mit einer Beschwerde einen Rechtsöffnungsentscheid aufzuheben.
3) Vergl. Z 42, 629.
4) Vergl. § 9, lit. d.

Behördenaufbau zu Grunde liegt. Durch die Einreichung der Beschwerde wird von der zuständigen vorgesetzten Aufsichtsbehörde die Aufhebung oder Abänderung einer tatsächlich oder vermeintlich unrechtmässigen behördlichen Anordnung verlangt, oder es wird mit ihr der Aufsichtsbehörde eine Pflichtverletzung des Richters zur Kenntnis gebracht. Der Bürger macht seinen subjektiven Anspruch auf Rechtmässigkeit der staatlichen Verrichtungen geltend. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der angegangenen Aufsichtsbehörde, die Beschwerde anzunehmen und in Form eines Entscheides dem Beschwerdeführer zu antworten[5]). Es wird also hier die Hilfe der *Aufsichtsbehörde* des beschwerten Richters verlangt, während bei den Rechtsmitteln eine Streitfrage durch eine höhere *Rechtsmittelinstanz* neu beurteilt werden soll.

III. Eine eigentümliche Stellung innerhalb den in Art. 374 ZPO aufgezählten Beschwerdegründen nimmt die Beschwerde wegen ungerechtfertigter Prozesseinstellung ein. Wir werden im zweiten Teil im § 10 darauf näher zu sprechen kommen. Hier sei nur festgehalten, dass sich die Beschwerde gegen einen unrichtigen richterlichen Entscheid richtet, der in der Regel nicht aus einer Amtspflichtverletzung hervorgegangen ist, sondern auf der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis beruht. Der Partei wird die Möglichkeit gegeben, einen materiell unrichtigen Einstellungsentscheid, durch den ein Prozessverfahren vorläufig abgeschlossen oder zumindest unterbrochen würde, auf dem Beschwerdeweg zu beseitigen, um anschliessend daran im weiterzuführenden Prozess ihrem geltend gemachten Anspruch zum Durchbruch zu verhelfen und den gewünschten Prozesserfolg doch noch zu erzielen. Wir sehen daraus, dass der Zweck dieser Beschwerde durchaus einen ähnlichen Charakter hat wie derjenige eines Rechtsmittels.

Die augenscheinlichste Ähnlichkeit besteht wohl mit der Appellation und man kann sich fragen, ob nicht aus dem gleichen Grunde appelliert werden könnte. Die Appellation ist nämlich nicht nur gegen Sachurteile möglich, sondern gegen jede Entscheidung, welche die erste Instanz abschliesst. Zu prüfen wäre demnach, ob die erste Instanz durch die Einstellungsverfügung tatsächlich abgeschlossen wird. Einstellen heisst nicht abschliessen. Der Prozess kann später weitergeführt werden. Besonders augenscheinlich trifft dies zu beim Einstellen des Prozesses weil das Urteil von der Entscheidung in einem andern Rechtsstreite abhängig ist. Der Richter will hier nur zuwarten, bis seine Urteilsgrundlage vollständig ist. Er verwehrt dadurch noch keiner Partei ihren Rechtsanspruch, sondern er beabsichtigt im Gegenteil, später ein Urteil zu fällen. Man kann deshalb von einem Endentscheid nicht sprechen und Appellation ist folglich ausgeschlossen. Auch die Tatsache, dass die Einstellungsverfügung jederzeit durch den Richter

5) Vergl. Hoffmann Seite 42.

abgeändert werden kann, spricht dafür, dass es sich um eine bloss prozessleitende Verfügung handelt. Wir spüren schon hier eine gewisse Ähnlichkeit dieses Beschwerdefalles mit der Rechtsverweigerung und insbesondere Rechtsverzögerung heraus, die uns vielleicht ein Hinweis darauf sein könnte, weshalb gegen die ungerechtfertigte Prozesseinstellung nicht ein Rechtsmittel, sondern eine Beschwerde gegeben wurde.

Ein weiteres Merkmal der Beschwerde nach Art. 374.2 ZPO, das auf den Rechtsmittelcharakter hinweist, ist, dass bei dieser Beschwerde eine unbeschränkte, sachliche Überprüfung der richterlichen Einstellungsverfügung stattfindet. Leuch[6]) schreibt deshalb, dieser Fall passe nicht in das System der Verantwortlichkeitsbeschwerde. Es überprüft hier die Beschwerdeinstanz genau gleich wie eine Rechtsmittelinstanz, nicht kraft der ihr eingeräumten Disziplinaraufsicht, sondern als höhere Spruchbehörde. Der Appellationshof als Beschwerdeinstanz ist also in dem einen Fall des Art. 374.2 ZPO richterliche Spruchbehörde und in den drei andern Fällen des Art. 374.1, 3 und 4 ZPO Verwaltungs- und Disziplinarbehörde. Somit hätten wir eine Wurzel der bernischen Zivilprozessbeschwerde auch im Rechtsmittelsystem gefunden. Wir können deshalb unsern ersten Teil dieser Arbeit, die die beiden Wurzeln der Beschwerde feststellen sollte, mit einer kurzen Zusammenfassung abschliessen, die uns die Stellung der Beschwerde im System der bernischen Rechtsordnung zeigt.

## § 8. Die Zugehörigkeit der Beschwerde im System der Staatsfunktionen

Wie wir nun gesehen haben, ist der Begriff der „Beschwerde" keineswegs eindeutig. Teilweise ist sie Rechtsmittel im Zivilprozess, teilweise ist sie Disziplinarbeschwerde im Zivilprozess. Ferner finden wir den Ausdruck Beschwerde im bernischen Recht auch noch als Disziplinarbeschwerde im Strafrecht[1]) und als Rechtsmittel gegen Verwaltungsbehörden im Verwaltungsrecht.

Unter *Rechtsprechung* verstehen wir die staatliche Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung mit obrigkeitlicher Gewalt. Im konkreten Fall soll durch Richterspruch verbindlich festgestellt werden, dass der abstrakte Wille des Gesetzes zur Geltung kommt. Dagegen liegt keine Rechtsprechung vor, wenn dieser Inhalt nicht gegeben ist, oder wenn dieser Inhalt zwar gegeben, aber von einer andern Behörde als von einem Gerichte ausgeht.

Die *Verwaltung* lässt sich begrifflich viel schwerer, am besten negativ umschreiben. Es ist die gesamte Tätigkeit des Staates, die sich nicht als Rechtsprechung oder Rechtsetzung charakterisiert. Im wei-

6) Leuch 374 N. 3.
1) Str. V. Art. 64.

teren Sinne bildet das Verwaltungsrecht einen Teil des Staatsrechtes, also des Verfassungsrechtes.

Unsere Zivilprozessbeschwerde gehört nun, wie wir bereits gesehen haben, ihrer rechtlichen Natur nach teilweise in das Verwaltungsrecht, nämlich soweit sie Aufsichtsbeschwerde ist, und teilweise ins Prozessrecht, soweit sie Prozesseinstellungsbeschwerde ist. Die erste gehört in das Gebiet der Justizverwaltung, die zweite in den Bereich der Rechtsprechung.

1. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal kann nicht in Form und Verfahren, in dem die staatliche Tätigkeit vor sich geht, gesucht werden. Der Grund liegt vielmehr in der Rechtsstaatsidee. Im Polizeistaat war die Verwaltung grundsätzlich eine Staatstätigkeit, die dem Recht nicht unterworfen war. Man konnte also sagen, dass sich Verwaltung und Rechtsprechung dadurch unterschieden, dass die Verwaltung nach vollständig freiem Ermessen ihre Aufgabe erfüllte, während die Rechtsprechung an das Recht gebunden war. Im heutigen Rechtsstaat müssen jedoch Verwalten und Rechtsprechen rechtmässig vor sich gehen[2]). Die Art und Weise, in denen sich die beiden staatlichen Funktionen seit dem Grundsatz der Rechtmässigkeit der Verwaltung abwickeln, haben sich stark aneinander angeglichen, wobei die Rechtsprechung für die Verwaltung zum Vorbild wurde.

*a) Die Form:* Das richterliche Urteil ist die Form in der die Rechtsprechung dem einzelnen Bürger gegenübertritt. Das Gesetz formuliert einen abstrakten Tatbestand, das richterliche Urteil stellt im konkreten Fall fest, ob ein solcher gesetzlicher Tatbestand zutrifft. In der gleichen Weise finden wir in der Verwaltung einen verwaltungsbehördlichen Ausspruch, der im Einzelfall bestimmt was Rechtens sein soll, und der das weitere Vorgehen der Verwaltung bindet. Nehmen wir als Beispiel den Beschwerdeentscheid einer Verwaltungsbehörde. Diese Beschwerde darf nicht durch eine blosse Dienstanweisung an die beschwerte Behörde erledigt werden. Auch die Verwaltungsbehörde ist verpflichtet eine formelle Entscheidung über die vorgebrachte Beschwerdesache zu treffen, genau gleich wie die Gerichte verpflichtet sind über eine ihr vorgelegte Streitsache ein Urteil zu fällen. Klage, wie Beschwerde, machen den staatlichen Rechtsschutz geltend. Ohne Klage kommt allerdings das Gericht nie in die Lage, in die Verhältnisse zwischen Kläger und Beklagtem regulierend einzugreifen, dagegen kann eine Beschwerdeinstanz einer untergeordneten Verwaltungsstelle Anweisungen erteilen, was sie einem Rechtssubjekt gegenüber vorzukehren habe, ohne dass bei ihr Beschwerde geführt wurde. Sie braucht also nicht zuzuwarten bis gegen die untergeordnete Behörde Beschwerde geführt wird. Nur hat dann eine solche Anweisung nicht die gleichen Wirkungen, wie ein Beschwerdeentscheid. Ein Beschwerdeentscheid wirkt wie ein gericht-

2) Ruck, Verwaltungsrecht Seite 22.

liches Urteil. Er wirkt zweiseitig, d. h. er bindet sowohl die entscheidende Behörde wie auch die Beschwerdeparteien. Einer bloss von sich aus anweisenden Behörde würde es dagegen freistehen, ihre Verfügung abzuändern oder zu widerrufen. Trotz der Ähnlichkeit, die ein Beschwerdeentscheid mit einem richterlichen Urteil hat, bleibt er ein Verwaltungsakt.

*b) Das Verfahren:* Auch aus dem Verfahren können wir nie mit Bestimmtheit schliessen, ob ein obrigkeitlicher Ausspruch ein Akt der Verwaltung oder der Rechtsprechung sei. Die Rechtsprechung war hier ebenfalls für die Verwaltung Vorbild gewesen. Jede staatliche Tätigkeit erreicht ihr Ziel auf einem bestimmten, vorgeschriebenen Wege. In der Rechtsprechung finden wir diesen Weg besonders gut ausgebildet. Der Richter muss die Verfahrensnormen genau so beachten wie die materiellen Normen, die er einem Urteil zu Grunde legt. Werden die Verfahrensnormen verletzt, so löst dies genau so gut Rechtsmittel aus, wie wenn materielle Vorschriften unrichtig angewendet werden. Damit auch dem Bürger, der im Einzelfall von der Verwaltungsbehörde sein Recht empfängt, die gleiche Rechtssicherheit geboten wird wie in einem gerichtlichen Verfahren, ist ein dem gerichtlichen ähnliches Verfahren auch im Verwaltungsrecht normiert worden. Die Verfahrensnormen sind ein Sicherungsmittel für die Rechtmässigkeit des Inhaltes einer Entscheidung. Durch das Verfahren, das den Beteiligten Rechte und Pflichten einräumt, wird diesen Beteiligten ein massgebender Einfluss auf das behördliche Handeln verschafft[3]).

Wir ersehen daraus, dass die rechtstaatliche Idee von der Rechtmässigkeit der Verwaltung zu einer Justizförmigkeit der Verwaltung führte, die sich in Form und Verfahren an die Rechtsprechung anlehnt. Ob deshalb unsere Beschwerde nach 374 ZPO zur Justizverwaltung oder zur Rechtsprechung gehört, lässt sich weder aus der Beschwerdeform noch aus dem Beschwerdeverfahren erkennen.

2. Das einzig ausschlaggebende Merkmal für die Zugehörigkeit der Beschwerde zu einer der drei Staatsfunktionen ist ihr Ausgangspunkt[4]). Da die Gerichte, wie wir bereits früher gesehen haben, nicht nur Geschäfte der Rechtsprechung, sondern auch der Justizverwaltung besorgen, so dass jedes Gericht nicht nur Rechtsprechungs- sondern auch Verwaltungsorgan ist, scheint auch dieses Unterscheidungsmerkmal ebenfalls zu versagen. Dem ist aber nicht so. Wir müssen bloss die rechtliche Stellung einer Behörde wenn sie Rechtsprechungsorgan und wenn sie Justizorgan ist näher betrachten, insbesondere das Verhältnis in dem die Beschwerdeinstanz zur beschwerten Behörde steht. Ist ein Gericht rechtsprechendes Organ, so ist es jedem andern Staatsorgan gleichgeordnet. Ist das Gericht Justizverwaltungsorgan, so steht es zu andern Organen desselben Organkomplexes im Verhältnis der Über-

3) Merkl, Verwaltungsrecht Seite 216.
4) Vergl. Sauter Seite 11.

und Unterordnung[5]. Der Ausgangspunkt der staatlichen Tätigkeit entscheidet also über die Zugehörigkeit der Beschwerde zur Verwaltung oder zur Rechtsprechung. Die Aufsichtsbeschwerde stützt sich auf die Aufsichtskompetenz der obern über die untern Gerichte. Diese Aufsichtskompetenz ist ein Ausfluss des Subordinationsverhältnisses, in welchem die Gerichte ausserhalb ihrer rechtsprechenden Tätigkeit zueinander stehen. Im Zusammenhang mit der Beschwerde soweit diese den Charakter einer Aufsichtsbeschwerde hat, stehen also Beschwerdeinstanz und Behörde, gegen die sich die Beschwerde richtet, in einer Über- und Unterordnung zueinander, es sind Justizverwaltungsorgane. Soweit jedoch die Beschwerde nicht Disziplinarcharakter hat, sondern Prozesseinstellungsbeschwerde ist, handelt die Beschwerdebehörde als Rechtsmittelinstanz. Sie überprüft eine prozessleitende Verfügung auf deren materielle Richtigkeit; es ist ein Rechtsmittel der Parteien im Prozess, obschon es durch die eigenartige Eingliederung in die Beschwerde nach ZPO 374 nicht ein eigentliches Parteiverfahren herbeiführt.

5) Merkl, Seite 36 ff.

# II. Teil:

# Die Zivilprozessbeschwerde im besondern

## § 9. Die rechtliche Natur der Zivilprozessbeschwerde

*a) Allgemeines.*

I. Die Grundlage für unsere, als Spezialfall der Verantwortlichkeitsbeschwerde in der Zivilprozessordnung aufgenommene Zivilprozessbeschwerde, bildet die gerichtliche Behördenordnung. Damit der staatliche Wille einheitlich zur Geltung kommt ist jedes Organ in das hierarchische Staatssystem eingeordnet, d. h. es hat nicht etwa die Befugnis, seine ihm übertragenen Kompetenzen nach freiem Belieben auszuüben[1]). Diese Einordnung bedeutet Abhängigkeit und begründet ein Über- und Unterordnungsverhältnis. Die Gerichte bilden, soweit sie nicht mit Unabhängigkeit ausgestattet sind, einen Behördenorganismus in welchem Subordination gilt. Aus diesem Subordinationsverhältnis resultiert eine Befehlskompetenz der höhern gegenüber den niederen Gerichten und umgekehrt eine Gehorsamspflicht der niederen gegenüber den höhern Gerichten[2]).

Jeder Beamte und Angestellte, auch der Richter, steht in einem besondern Gewaltverhältnis, das die Geltendmachung der Gehorsamspflicht, wie überhaupt aller Pflichten der Richter und Beamten ermöglicht. Dieses besondere Gewaltverhältnis ist ein allgemeines Unterordnungsverhältnis jeder Rechtsordnung zum Staat. Es würde hier zu weit führen, wenn wir auf den Geltungsgrund der allgemeinen Gehorsamspflicht gegenüber dem Willen des Staates eintreten wollten. Es ist dies eine Frage der allgemeinen Staatslehre. Wir setzen diesen Grundsatz bei der Behandlung der Beschwerde einfach voraus. Zur Ausübung staatlicher Herrschaftsgewalt werden einzelne Personen berufen, die für einen bestimmten Tätigkeitskreis die Befugnis und die Pflicht haben, als Staatsorgane tätig zu sein. Dadurch tritt der Einzelne bei seinem Amtsantritt in ein besonderes Gewaltverhältnis zum Staat.

---

1) Vergl. Fleiner, Institutionen Seite 195.
2) Vergl. Merkl, Verwaltungsrecht Seite 37 ff.

II. Die Folge des besondern Gewaltverhältnisses und der hierarchischen Gliederung der Gerichtsbehörden ist ein Aufsichtsrecht und eine entsprechende Weisungskompetenz des obern Gerichtes über das untere Gericht, um dadurch die einheitliche Durchsetzung des Staatswillens zu ermöglichen. Ein weiterer Ausfluss des besondern Gewaltverhältnisses ist zudem eine Disziplinargewalt, wodurch Aufsichtsrecht und Weisungskompetenz ihre praktische Durchführung finden können.

1. Ohne Aufsichtsrecht über die einzelnen Amtsträger besteht keine Garantie, dass die Gesetze, Verordnungen und Dienstvorschriften eingehalten werden. Durch die Beaufsichtigung soll ein dem objektiven Recht gemässes Handeln der gerichtlichen Organe gewährleistet werden. Das Verhalten der untergeordneten Gerichte in Übereinstimmung mit den bestehenden Rechtsnormen, mit den Bedürfnissen der Allgemeinheit, der Behörde selbst und der ihr untergeordneten Bürger zu setzen und zu erhalten, ist demnach der Zweck der Aufsicht[3]). Rechtlich von Bedeutung wird die Beobachtung erst dann, wenn die Aufsichtsbehörde auf Grund der Beobachtung irgendwie in die Freiheit des Beaufsichtigten eingreifen kann, und dieser den Eingriff sich gefallen lassen muss. Die Beobachtung wäre wertlos, wenn keine Berichtigungsmöglichkeit bestände, andererseits ist sie aber wieder Voraussetzung jeder Berichtigung. Deshalb umfasst jedes Aufsichtsrecht notwendig ein der Aufsicht entsprechendes Weisungsrecht[4]).

2. Nach Laband[5]) erfasst die Aufsicht der höhern Gerichte gegenüber den untern die gesamte Tätigkeit aller Gerichtspersonen und aller Anordnungen, die erforderlich oder geeignet sind, die Verrichtungen der Gerichte in geordnetem und zweckmässigem Gang zu halten. Als amtliche Tätigkeit hat das Aufsichtsrecht vornehmlich die Wahrung der öffentlichen Interessen zur Aufgabe. Dagegen bleibt es in der Regel dem einzelnen Bürger überlassen seine eigenen Interessen selbst wahrzunehmen. Allerdings umfasst sehr oft die Wahrung der öffentlichen Interessen zugleich diejenigen des einzelnen Bürgers. Praktisch aber ist es meist so, dass die Aufsichtsbehörde gar keine Kenntnis von der Verletzung der Rechte des Einzelnen erhält oder dann erst in einem Zeitpunkt, wo eine Korrektur nicht mehr möglich ist. Somit bietet der Aufbau und die Organisation des gerichtlichen Behördenapparates allein dem Bürger noch keine sichere Gewähr, dass die Gerichte in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit seine Rechte und Interessen achten und berücksichtigen. Es muss deshalb dem Bürger auch die Möglichkeit gegeben werden, den behördlichen Aufsichtsapparat für sich selber in Funktion zu setzen. Dazu dient das Beschwerderecht.

---

3) Gülland, Dienstaufsicht über Richter und Unabhängigkeit der Gerichte, No. 23.
4) Tripel, Reichsaufsicht Seite 111, 117, 120;
Schoenborn: Das Oberaufsichtsrecht, beide zit. bei Sauter Seite 15.
5) Laband, zur Frage der Justizaufsicht Seite 623.

III. In Bezug auf die rechtliche Natur lassen sich bei der Aufsichtsbeschwerde zwei verschiedene Beschwerden unterscheiden, je nachdem sich dieselbe auf das unter I umschriebene besondere Gewaltsverhältnis oder das unter II umschriebene Subordinationsverhältnis stützt. Beide, sowohl das besondere Gewaltverhältnis als auch das Subordinationsverhältnis, fallen unter das Aufsichtsrecht und somit unter die Aufsichtsbeschwerde. Der rechtliche Unterschied besteht darin, dass in einem Fall die Beschwerde erhoben wird gegenüber der Person des Amtsträgers, im andern jedoch gegen den Inhalt einer amtlichen Anordnung oder Massnahme. Die erste wird in der Literatur als Disziplinarbeschwerde, die zweite als sachliche Beschwerde bezeichnet[6]).

*b) Die sachliche Beschwerde.*

Dadurch, dass die Gerichte bei der Rechtsprechung unabhängig sind, unterscheiden sie sich von der Verwaltung. Diese Unabhängigkeit besteht nicht für die Aufsichtsbehörde, denn die Beschwerdeinstanz und die Behörde, gegen die sich die Beschwerde richtet, stehen zueinander in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung. Der Beschwerdeentscheid ist demnach nicht ein Rechtsprechungs- sondern ein Verwaltungsakt. Dieses Unterscheidungsmerkmal genügt jedoch nicht, um Inhalt und Umfang der Beschwerde zu bestimmen. Um festzustellen, wann dem Gericht bei seiner Tätigkeit Unabhängigkeit zukommt und wann nicht, muss ein anderes Merkmal verwendet werden. Denn eine gerichtliche Handlung ist nicht ein Rechtsprechungsakt, weil dem Gericht dabei Unabhängigkeit zukommt, sondern umgekehrt, weil es ein Rechtsprechungsakt ist, ist das Gericht unabhängig. Die Unabhängigkeit ist die Folge des Rechtsprechungsaktes, nicht seine Ursache. Wir müssen den Grund, weswegen etwas zur Rechtsprechung oder zur Verwaltung gerechnet wird, vielmehr im Zweck suchen. Fleiner[7]) sagt, dass dem Richter die Gesetzesanwendung, die Findung des Rechtes gemäss dem Gesetz, einziger Zweck sei. Im Gegensatz dazu ist der Verwaltung das Gesetz nur Mittel zum Zweck. Nach Ruck[8]) bezweckt die Verwaltung die Förderung und Erhaltung des allgemeinen Wohls mit denjenigen Mitteln, die das Gesetz erlaubt. Folglich besteht der Zweck der Justizverwaltung in Bezug auf den Zivilprozess darin, für den guten Gang und für die Schaffung der äussern Bedingungen für den Betrieb der Rechtspflege Sorge zu tragen.

Den Rechtsmitteln in prozessualem Sinne und der sachlichen Beschwerde ist gemeinsam, dass sie beide eine Überprüfung eines staatlichen Hoheitsaktes auf seine Rechtmässigkeit verlangen. Es lässt sich jedoch aus der Unabhängigkeit der Rechtsprechungsorgane folgern, dass

---

6) Vergl. Sauter Seite 16.
7) Fleiner, Institutionen Seite 7.
8) Ruck, Verwaltungsrecht Seite 15.

ein Rechtsmittel, und damit eine Neuüberprüfung eines Urteils durch eine höhere Instanz, was eine Abänderung oder Aufhebung des Rechtsprechungsaktes eines untern Gerichtes zur Folge haben kann, nur da zulässig ist, wo das Gesetz dies ausdrücklich erwähnt[9]). Der sachlichen Beschwerde dagegen liegt das Subordinationsverhältnis der gerichtlichen Behördenorganisation zu Grunde, und es wird durch sie von der zuständigen, übergeordneten Aufsichtsbehörde die Aufhebung oder Abänderung einer tatsächlich oder vermeintlich unrechtmässigen behördlichen Anordnung verlangt. Die angegangene Aufsichtsbehörde muss in Form eines Entscheides dem Beschwerdeführer antworten, was sich aus dem subjektiven Anspruch des Bürgers auf Rechtmässigkeit der staatlichen Verrichtungen ergibt.

Grundsätzlich gibt es eine sachliche Beschwerde, die gegen alle Entscheidungen und Verfügungen der untern Gerichte in ihrer Eigenschaft als Justizverwaltungsbehörden ergriffen werden kann. Immerhin ist hier eine Einschränkung zu treffen. Es sind hier nur jene Massnahmen zu verstehen, durch welche Gesetz, Verordnungen und Dienstvorschriften in einem bestimmten Einzelfall gegenüber dem einzelnen Bürger angewendet werden. Richten sich jedoch bestimmte Anordnungen oder Verfügungen an eine unbestimmte Mehrheit, so geben sie dem betroffenen Einzelnen kein Recht zu einer Beschwerde[10]). Ferner besteht dann kein Beschwerderecht, wenn sich die Beschwerde gegen Justizverwaltungshandlungen richtet, die sich nur in der innern Gerichtsorganisation abwickeln und nur hier eine rechtliche Wirkung äussern, die jedoch zwischen Behörde und Bürger kein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründen, und die vom Bürger weder ein bestimmtes Tätigwerden verlangen, noch ihn in seinem freien Tun einschränken[11]). Dagegen kann sich die Beschwerde nicht nur gegen die Verletzung von Gesetzen oder Rechtsverordnungen richten, sondern auch gegen Verletzung von Dienstvorschriften, sofern sie eben nicht nur eine rechtliche Beziehung zwischen vorgesetzter und untergeordneter Behörde schafft, sondern auch eine Anordnung enthält für das Verhalten Dritten gegenüber.

Die Regelung dieser sachlichen Beschwerde erfolgte im bernischen Recht zur Hauptsache im Verantwortlichkeitsgesetz von 1851. Sie ist zwar dort nicht ausdrücklich als solche bezeichnet, sondern die dort enthaltene Regelung in den Paragraphen 10 ff. umfasst zugleich die sachliche und die Disziplinarbeschwerde. Der bernische Gesetzgeber macht diese Unterscheidung überhaupt nicht. Da sie jedoch, besonders für die Frage, ob die Aufsichtsbehörde oder Beschwerdeinstanz in ihrem Beschwerdeentscheid auch zugleich in der Sache entscheiden, somit eine amtliche Verfügung einer untern Gerichtsbehörde aufheben oder ab-

9) Vergl. Merkl, Verwaltungsrecht Seite 37 ff.
10) Vergl. Hoffmann, Seite 43.
11) Vergl. Stadlin, Seite 39, 40.

ändern dürfe, von gewisser Bedeutung ist, wäre eine Reform des bernischen Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes empfehlenswert. So wie der Gesetzestext heute lautet, könnte man annehmen, sowohl bei der sachlichen, wie bei der Disziplinarbeschwerde, sei das Obergericht befugt, auch in der Sache zu entscheiden. Dem ist aber meines Erachtens nicht so, trotz der klaren Bestimmung des Gesetzes, oder es soll wenigstens nicht so sein[12]).

Für uns handelt es sich nun darum, zu untersuchen, welche Beschwerdegründe des Art. 374 ZPO zu der sachlichen Beschwerde gehören, denn darum haben wir die eingehende Untersuchung dieser Frage vorgenommen. Entscheidend dafür ist, ob die Beschwerde sich gegen den Inhalt einer amtlichen Anordnung oder Massnahme oder die Person des Amtsträgers richtet. Bei dem Beschwerdegrund des Amtsmissbrauches (374.3 ZPO) richtet sie sich unzweifelhaft gegen eine amtliche Anordnung oder Massnahme, die der Richter getroffen hat, obschon er zu dieser gar nicht befugt war, da sie ausserhalb seiner Machtbefugnisse lag. Hier hätten wir demnach einen Beschwerdegrund, der eine sachliche Beschwerde rechtfertigt. Bei der Beschwerdeführung wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien wird die Beschwerde sehr oft gegen die Person des Amtsträgers gerichtet sein. Wie wir jedoch im § 10, sub. c, noch sehen werden, kann dieser Beschwerdegrund auch vorliegen bei ungerechtfertigter Disziplinierung einer Partei oder eines Dritten durch den Richter, die zu Verweis, Geld- oder Haftstrafe führen kann. In solchen Fällen bezweckt die Beschwerdeführung die Aufhebung dieser Disziplinarmassnahme des Richters und insofern ist die Beschwerde als sachliche zu bezeichnen. Auf die besondere Stellung der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (374.1 ZPO) kommen wir im Anschluss an die Behandlung der Disziplinarbeschwerde noch zu sprechen[13]).

Die Beschwerde wegen ungerechtfertigter Prozesseinstellung des Art. 374.2 könnte auf den ersten Blick hin als sachliche Beschwerde erscheinen. Sie richtet sich gegen eine amtliche Verfügung des Richters im Verlaufe eines Prozesses. Trotzdem gehört sie nach meiner Ansicht grundsätzlich nicht zur sachlichen Beschwerde. Ich gehe dabei von der Ansicht aus, dass eine Prozesseinstellungsverfügung des Richters, wenn gegen sie keine Beschwerde geführt würde, sondern auf andere Weise der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis käme, dieselbe trotzdem nicht von Amtes wegen einschreiten und die Verfügung aufheben könnte. Die Einstellungsverfügung ist der aufsichtsbehördlichen Kognition entzogen. Die Prozesseinstellungsbeschwerde ist eben Rechtsmittel, nicht Rechtsmittel gegen ein Urteil, sondern Rechtsmittel gegen eine prozessleitende Verfügung.

12) Näheres über diese Frage siehe unten sub. d.
13) Vergl. unten sub c.

*c) Die Disziplinarbeschwerde.*

Die Disziplinargewalt bezweckt Pflichtverletzungen der richterlichen Beamten zu ahnden und die Pflichterfüllung zu erzwingen. Die richterliche Unabhängigkeit hat nicht den Sinn, den Richtern persönlich ein Privileg zu geben. Eher sind die richterlichen Pflichten grösser als die der übrigen Beamten. Es hat denn auch die Rechtsordnung, als Gegengewicht zur Unabhängigkeit der Richter, eine Reihe von Sicherungen aufgestellt[14]). Genau betrachtet ist nämlich die richterliche Unabhängigkeit ein Freiheitsrecht des Bürgers, denn durch sie wird das Zustandekommen der richterlichen Entscheidung, die dem Bürger sein Recht zuweist, vom Einfluss staatlicher Rücksichten befreit und der Richter nur dazu angehalten, die gesetzlichen Normen zu berücksichtigen. Damit wird wohl die Rechtmässigkeit der Rechtsprechung vor Eingriffen anderer Behörden geschützt, dagegen noch kein richtiges, einwandfreies Handeln des Richters selbst gewährleistet. Es bestehen nun aber auch Sicherungen, die darauf gerichtet sind, auch dieses einwandfreie Handeln des Richters zu gewährleisten. Vor allem haben wir da eine persönliche Bindung des Richters ans Gesetz. Das Gesetz weist dem Richter eingehend Weg und Ziel seiner amtlichen Tätigkeit, im Gegensatz zur Verwaltung, deren Tätigkeit durch gesetzliche Normen nicht allzu sehr eingeengt ist. Ebenso wichtig ist die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz. Dieser in der B. V. Art. 4 verankerte Grundsatz verlangt vom Richter, dass er so urteile, dass er sich immer sagen kann, so hätte auch jeder andere Richter entschieden, und so wäre der Entscheid unter den gleichen Umständen oder Verhältnissen auch für jede andere Person ausgefallen. Es darf, wie Jellinek sagt, kein Zufall sein, dass gerade dieser Richter und nicht ein anderer sich mit der Angelegenheit befasst hatte [15]). Dagegen will der Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht etwa sagen, dass der Richter verpflichtet ist, gleiche oder ähnliche Fälle immer wieder so zu beurteilen, wie er selbst oder das höhere Gericht bisher entschieden hat, denn sonst würde dieser Grundsatz zur Aufhebung der richterlichen Unabhängigkeit führen[16]). Als Folge der Bindung des Richters an das Gesetz wird er verpflichtet, seine Entscheidungsgründe anzugeben und so Rechenschaft abzulegen[17]). Dadurch dass die Verhandlungen öffentlich sind, wird beim Richter das Bewusstsein erweckt, er werde durch jedermann überwacht[18]). Alle diese Sicherungen und persönlichen Bindungen dienen dem einzigen Ziel, eine objektive, von allen andern Rücksichten freie Rechtsprechung zu ermöglichen. Jedes Tätigwerden des Richters gegen diese Grundsätze schliesst ein Handeln gegen den in ihnen liegenden

14) Vergl. Gülland No. 153.
15) Jellinek Seite 38.
16) Vergl. Ruck, schweiz. Staatsrecht Seite 47.
17) Vergl. St. V. Art. 50.
18) Art. 91 ZPO.

Zweck in sich. In dem Fall aber fällt der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit weg und der Richter steht dem Eingriff der Aufsichtsbehörde offen. Die Folge solcher Pflichtverletzungen ist die Anwendung der Disziplinargewalt. Die Disziplinargewalt entspringt dem Beamtenverhältnis. Die Anwendung von Disziplinarmassnahmen, um Verletzungen der Ordnung dieses besondern Rechtsverhältnisses zu ahnden, steht nur dem Staate, nicht auch Privaten zu. Das Recht Beschwerde zu erheben dient einzig und allein dazu, die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde auszulösen. Es besteht kein Anspruch des Beschwerdeführers oder Verletzten auf Anordnung der Disziplinarmassnahme. Die Disziplinarbeschwerde hat lediglich den Charakter einer Anzeige. Der Beschwerdeantrag dient nur dazu, die Aufsichtsbehörde auf die Notwendigkeit einer Disziplinarmassnahme aufmerksam zu machen. Die sachliche Beschwerde dagegen gibt dem Beschwerdeführer das Recht, von der Aufsichtsbehörde eine Entscheidung über eine streitige rechtliche Beziehung zwischen ihm und der untern Behörde zu verlangen. Bei der Disziplinarbeschwerde steht es im freien, pflichtgemässen Ermessen der Aufsichtsbehörde, ob sie einzuschreiten und welcher Mittel sie sich zu bedienen habe[19]). Dadurch, dass die Aufsichtsbehörde auf die Disziplinarbeschwerde hin einschreitet und von ihrer Disziplinargewalt Gebrauch macht, wird nicht ein Streitverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der angegriffenen Gerichtsperson entschieden, sondern es wird ganz einfach die Ordnung hergestellt, die dem besondern Gewaltverhältnis entspricht. Allerdings entspricht dem Beschwerderecht des Bürgers die Pflicht der Aufsichtsbehörde, dem Beschwerdeführer zu antworten, und von allfälligen Massnahmen Kenntnis zu geben. Der Rechtsschutz, der durch diese Beschwerde gewährt wird, ist zugegebenermassen nicht sehr gross. Doch darf die Bedeutung dieser Beschwerdemöglichkeit auch nicht unterschätzt werden, denn die Aufsichtsbehörde hat die Notwendigkeit des Einschreitens von Amtes wegen zu prüfen, sonst kann sie selber für mangelhafte Amtsführung verantwortlich gemacht werden.

Festzustellen wäre demnach nun die Frage, wann eine Amtspflichtverletzung vorliege. Massgebend ist das Gewalt- und Treueverhältnis in dem der Richter zum Staate steht. Daraus können wir die Pflichten, soweit sie für die Beschwerde in Betracht kommen, ableiten. Der Staat kann nur mittels Organen handeln. Diesen ist die Staatsgewalt übertragen. Ihre Amtspflichten bestehen nun darin, alles das zu tun, was der Staatswille befiehlt, und alles das zu unterlassen, was er verbietet oder was dem Staatsinteresse schadet. Der Beamte ist dem Staat Gehorsam schuldig.

Nach Gülland[20]) ergeben sich aus den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und der Bindung des Richters an das Gesetz als wichtigste

19) Gülland No. 25.
20) Gülland No. 20 ff.

Pflichten des Richters: Gerechtigkeit, Sachlichkeit, Unparteilichkeit. In dieser Richtung hat der Richter seine Tätigkeit auszuüben. Aus ihnen geht hervor, welche innere Bereitschaft und Gesinnung vom Richter verlangt wird. Der Richter ist an das Gesetz gebunden. Dieses will jeden Bürger gleich behandelt wissen. Folglich ist der Richter als Amtsträger verpflichtet, jeden Bürger vor Gericht gleich zu behandeln. Die Sachlichkeit ist die Voraussetzung für die Unparteilichkeit und Gerechtigkeit in der Amtsausübung. Der Richter darf sich deshalb nicht von Vorurteilen leiten lassen, muss sich von subjektiven Empfindungen und Neigungen freihalten und ohne Ansehen der Person urteilen. Als Verstoss gegen die Amtspflicht der Sachlichkeit kann deshalb beispielsweise gelten: Kritik persönlicher Eigenschaften des Rechtsuchenden, ohne dass dies für die Entscheidung des Rechtstreites und seine Begründung erforderlich gewesen ist, Verknüpfung persönlicher mit dienstlichen Angelegenheiten, eine in Beschimpfung ausartende Kritik, Vorhalten von Vorstrafen aus unsachlichen Gründen und viele andere mehr. So schreibt Gülland[21]), dass die Gefahr der Unsachlichkeit, der Vermischung privater Meinungsäusserung und objektiver Tatsachenfeststellung besonders da vorhanden sei, wo der Richter zur Stellungnahme zu Fragen der Weltanschauung und Politik gezwungen sei. Das Hervortreten der persönlichen Einstellung des Richters wäre hier eine Verletzung der Amtspflicht zur Sachlichkeit. Von grosser Bedeutung für die Rechtsprechung und deshalb für den Richter beachtenswert sind die allgemeinen Beamtenpflichten des Fleisses und der Sorgfalt. Feuerbach[22]) schreibt hierüber: «Als erste Pflicht, welche die Gerechtigkeit ihren Pflegern auferlegt, achte ich die gründliche, reife Überlegung, welche dem Gewissen für die Wahrheit und die Rechtlichkeit der Entscheidung bürgt. Als zweite Pflicht achte ich, dass der Rechtsuchende sein Recht so viel als möglich in der kürzesten Zeit erlange. Ein verspäteter Rechtsgewinn ist oft schlimmer, oft verderblicher als ein zeitiger Rechtsverlust. Aber alle Ordnung des Rechtes wird verkehrt, wenn nicht die zweite Pflicht durch die erste sich beschränkt. Nicht zögern ist Richterpflicht, aber ebenso gewiss nicht eilen, denn Eile übereilt sich, und ein eilfertiger Richterspruch ist sehr oft ein eilendes Unrecht".

Aus all diesen richterlichen Pflichten, deren Nichtbeachtung als Amtspflichtverletzungen zu betrachten sind, sehen wir, dass es nicht leicht wäre, casuistisch sämtliche zu erfassen. Eine solche Aufzählung ist deshalb als unpraktisch abzulehnen. Derartige Lösungen wären zu starr, um sich der Mannigfaltigkeit der Rechtsfälle des praktischen Lebens anpassen zu können und sie sind deshalb vom Gesetzgeber auch nicht versucht worden, sondern die Amtspflichtverletzung ist bloss als

21) Gülland, No. 217.
22) Feuerbach: Die hohe Würde des Richteramtes, cit. bei Gülland, No. 223.

solche bezeichnet[23]), aber nicht näher umschrieben worden, und es ist Sache der Aufsichtsbehörde, zu entscheiden ob eine solche vorliege oder nicht. Für unsere Arbeit handelt es sich wiederum darum, festzustellen, welche Beschwerdegründe des Art. 374 ZPO nun unter den Begriff der Disziplinarbeschwerde fallen. Wie wir bereits festgestellt haben, fällt die Beschwerde wegen Amtsmissbrauch unter die sachliche Beschwerde und deshalb hier ausser Betracht. Dagegen gehört hieher die Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien, soweit sie sich nicht als eine Beschwerde wegen ungerechtfertigter Disziplinierung charakterisiert[24]).

Besonders schwierig scheint die Entscheidung der Frage zu sein, ob die Beschwerdegründe der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung zur sachlichen oder zur Disziplinarbeschwerde gehören. Diesen beiden Beschwerdegründen liegt die Beamtenpflicht des Fleisses zu Grunde, soweit es sich um ein passives Verhalten, um eine Nichtausübung des Amtes handelt. Praktisch selten wird es vorkommen, dass die Amtsausübung bewusst abgelehnt wird. Öfters dagegen wird es vorkommen, dass eine Rechtsverzögerung zur Rechtsverweigerung wird, indem sie sich als dauernd negative Behandlung äussert, die geeignet ist, den Rechtsuchenden rechtlos zu machen. Hier handelt es sich bei der Beschwerde nicht nur um eine Anzeige, sondern es will der Beschwerdeführer einen subjektiven Rechtsanspruch geltend machen. Insofern entspricht sie also der rechtlichen Natur der sachlichen Beschwerde. Andererseits bildet der Beschwerdegrund eine Amtspflichtverletzung des Amtsträgers, was dem Charakter der Disziplinarbeschwerde entspricht. Verlangt wird mit ihr die Beseitigung des durch das Disziplinarvergehen entstandenen rechtlichen Zustandes. Somit ist diese Beschwerde ein Mittelding zwischen sachlicher und reiner Disziplinarbeschwerde.

Interessant mag in dieser Hinsicht noch der Hinweis darauf sein, dass in einigen bisherigen kantonalen Strafgesetzen die Rechtsverweigerung, resp. Rechtsverzögerung sogar als Amtsdelikt bezeichnet und geregelt worden ist[25]). Das neue schweizerische Strafgesetzbuch kennt ein derartiges Delikt nicht[26]). Es mag dies aber ein Hinweis dafür sein, dass Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung zur Hauptsache doch Disziplinarvergehen sind, wenn auch die ihretwegen geführte Beschwerde gegen die sachliche Beschwerde hinneigt.

---

23) Verantwortlichkeitsgesetz § 10: „nicht strafbare Handlungen gegen ihre Amtspflichten".
24) Vergl. sub. b vorstehend.
25) Art. 352 Waadt.
Art. 125 Wallis.
Art. 52 Zug.
26) Vergl. Art. 312 ff. St. G. B.

*d) Zusammenfassende Betrachtung der rechtlichen Natur der Beschwerde nach Art. 374 ZPO.*

Die zivilprozessuale Beschwerde ist grundsätzlich eine Klage gegen den Richter, mittels welcher dessen Aufsichtsbehörde zu dem Zwecke angegangen werden kann, damit diese allfällige gesetzwidrige Amtshandlungen aufhebe oder den Richter durch bindende Weisungen und eventuelle Disziplinarmassnahmen zur Erfüllung seiner Pflichten anhalte. Sie unterscheidet sich von den Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne hinsichtlich der Person, gegen welche sie sich richtet, hinsichtlich des Gegenstandes, wegen dessen sie ergriffen werden kann, hinsichtlich des Zweckes, da sie nicht oder doch grundsätzlich nicht zur Aufhebung von Urteilen dient und schliesslich darin, dass sie nicht nur von den Parteien oder andern am Ausgange des Prozesses interessierten Personen, sondern auch von Dritten zur Wahrung anderweitiger Interessen angestellt werden kann. Ferner kann in diesem Zusammenhang auch erwähnt werden, dass die Beschwerde an keine Beschwerdesumme gebunden, noch durch eine gewisse Qualität der Sache bedingt ist, sowie dass sie keinen Suspensiveffekt äussert. Dagegen wird die Einhaltung einer zehntägigen Beschwerdefrist verlangt.

Sie ist jedoch ein rechtlich nicht einwandfrei qualifizierbarer Rechtsbehelf, sondern stellt vielmehr ein Gemisch verschiedener Rechtsbehelfe dar, indem sie charakteristische Merkmale sowohl der Rechtsmittel, als auch der sachlichen Beschwerde, als schliesslich auch der Disziplinarbeschwerde aufweist. Dabei ist es nicht einmal möglich, die einzelnen Beschwerdegründe mit Bestimmtheit der einen oder andern Beschwerdeart zuzuweisen. Denn jeder einzelne Beschwerdegrund, vielleicht mit Ausnahme desjenigen des Amtsmissbrauches, gehört wohl grundsätzlich zu einer der drei genannten Arten, weist aber teilweise charakteristische Merkmale auch einer andern Art auf. Die Rechtsverweigerung, resp. Rechtsverzögerung ist hauptsächlich sachliche Beschwerde mit teilweise Disziplinarbeschwerdecharakter[27], die Prozesseinstellungsbeschwerde ist hauptsächlich rechtsmittelähnlicher Rechtsbehelf prozessualer Natur, kann aber unter Umständen auch aus einer Pflichtverletzung des Richters hervorgehen[28], und endlich ist die Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien oder Drittpersonen bald sachliche, bald Disziplinarbeschwerde[29]. Dem Gesetzgeber wäre wohl die Möglichkeit zugestanden, eine Regelung, die diesen rechtlichen Unterschieden Rechnung getragen hätte, aufzustellen, indem er beispeilsweise ein besonderes Institut, vielleicht Rekurs geheissen, geschaffen hätte, mit welchem die prozessleitende Verfügung der Prozesseinstellung hätte angefochten werden können, und indem er den Abschnitt über die Beschwerde in zwei Teile, in eine sachliche und in eine Disziplinar-

27) Siehe oben sub. c.
28) Siehe § 10, sub. b und Z.62411
29) Siehe oben sub. b und c.

beschwerde aufgeteilt hätte. Da aber gerade jeder Beschwerdegrund die Neigung hat, auch charakteristische Merkmale eines andern aufzuweisen, ist die vom bernischen Gesetzgeber gewählte Lösung einer Zusammenfassung vielleicht gar nicht so unpraktisch.

Es ist nun Sache der angegangenen Beschwerdeinstanz im einzelnen Fall zu entscheiden, ob sie als zivilprozessuale Spruchbehörde, oder als Aufsichtsbehörde einer sachlichen oder einer Disziplinarbeschwerde amtiere. Im Falle der Prozesseinstellungsbeschwerde ist dieser Entscheid leicht, hier ist sie Spruchbehörde[30]. In den andern Fällen ist sie Aufsichtsbehörde. Zu untersuchen gilt es jetzt nur, ob es gleichgültig sei, d. h. ob es im Endeffekt auf dasselbe herauskomme, ob sie Aufsichtsbehörde einer sachlichen oder solche einer Disziplinarbeschwerde sei. Wir haben gesehen, dass es sich bei der sachlichen Beschwerde um eine solche gegen den Inhalt einer amtlichen Anordnung oder Massnahme handelt, bei der Disziplinarbeschwerde dagegen um einen Rechtsbehelf, der sich gegen die Person des Amtsträgers richtet. Im ersten Fall will man demnach die Beseitigung einer amtlichen Anordnung oder Massnahme bewirken, im zweiten Fall nicht. Im zweiten Fall will man bloss die Amtspflichtverletzung der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis bringen, damit dieselbe durch die ihr zur Verfügung stehenden Disziplinarmassnahmen die beschwerte Gerichtsperson in geordnete Bahnen lenke. Wird infolge einer sachlichen Beschwerde eine ungesetzliche Amtshandlung aufgehoben, z. B. Aufhebung der bewilligten Klageerteilung, weil der Richter diese in einem zweiten Aussöhnungsversuch erteilte, obschon er wusste, dass die Kosten des ersten vom Kläger noch nicht bezahlt wurden, so muss mit dieser Amtshandlung auch das ganze nachfolgende Verfahren, also auch ein eventuell inzwischen gefälltes Urteil aufgehoben werden. Insofern ergänzt die sachliche Beschwerde die Rechtsmittel. Wie steht dies nun aber mit der Disziplinarbeschwerde? Kann durch sie, die doch im Grunde genommen nur den Charakter einer Anzeige hat, ebenfalls die Aufsichtsbehörde angegangen werden, um eine amtliche Handlung aufzuheben?

Es bleibt immer dem gesetzlich geordneten Rechtsmittelweg vorbehalten, eine Abänderung oder Aufhebung eines Urteils vorzunehmen, und wo kein Rechtsmittel hilft, ist es mit dem Rechtsschutz zu Ende[31]. Es kann zwar auch in diesen Fällen die Amtspflichtverletzung durch Beschwerde an die Aufsichtsbehörde dieser zur Kenntnis gebracht werden. Die Aufsichtsbehörde muss aber dann, wenn der Beschwerdeführer auch sachlich mit der Entscheidung nicht zufrieden ist, sich im Be-

30) Vergl. auch § 11 über die richterliche Unabhängigkeit im Verhältnis zur Beschwerde.

31) Nur wenn eine Amtspflichtverletzung, die vom Strafrecht erfasst wird, auf die richterliche Entscheidung von Einfluss gewesen ist, kann anschliessend an den Strafprozess mit dem Rechtsmittel der Revision eine Änderung der Entscheidung bewirkt werden.

schwerdeentscheid mit dem Hinweis beschränken, dass sie zur sachlichen Nachprüfung der richterlichen Entscheidung nicht befugt ist. Etwas anderes ist es natürlich dann, wenn neben der Amtspflichtverletzung eine unrichtige Amtsausübung des Richters erfolgt, die Gegenstand einer sachlichen Beschwerde sein kann, wenn z. B. ein Richter eine Partei ungebührlich behandelt und zugleich der Richter sich des Amtsmissbrauches schuldig macht. In dem Fall kann die Beschwerde wegen Verletzung sowohl von Ziff 3 wie von Ziff. 4 ZPO geführt werden und dadurch zu einer Aufhebung einer Amtshandlung führen. Mit einer reinen Disziplinarbeschwerde allein kann dieses Ziel nicht angestrebt werden.

Im übrigen werden die Fälle selten sein oder praktisch überhaupt nicht vorkommen, wo infolge einer Amtspflichtverletzung ein sachlich unrichtiger Entscheid gefällt wird, welcher *nicht* mit einem Rechtsmittel angegriffen werden kann. Die Disziplinarbeschwerde besteht nicht zum Zwecke der Urteilsaufhebung resp. -änderung. Der Appellationshof wird überhaupt gut tun, wenn er beim Einschreiten gegen Disziplinarfehler vorsichtig ist, um damit nicht die richterliche Unabhängigkeit dessen zu gefährden, gegen den die Beschwerde sich richtet. Hier tritt der Wert der Verwaltungsautonomie der Gerichte deutlich in Erscheinung. Eine ausserhalb des gerichtlichen Behördenorganismus stehende Justizverwaltung würde kaum so viel Verständnis haben wie die Gerichte selbst. Dem Richter würde das Bewusstsein seiner Unabhängigkeit untergraben, und dem Bürger könnte die Auffassung entstehen, er habe noch eine oberste Instanz, die angegangen werden könne, selbst wenn die Rechtsmittel einen negativen Erfolg gezeigt hätten. Diese Gefahr besteht bei Identität von Aufsichtsbehörde und Rechtsmittelinstanz nicht[32]).

Liegt ein Disziplinarfehler vor, so kann dieser auch sachlich einen Einfluss auf das Ergebnis der richterlichen Tätigkeit selbst haben. Dieser Einfluss wird je nach Art und Schwere des Disziplinarfehlers verschieden sein.

Es besteht ein Unterschied zwischen Verletzung der Amtspflicht und unrichtiger Amtsausübung. Trotz gewissenhafter Erfüllung seiner Amtspflichten kann es vorkommen, dass der Richter einen konkreten Tatbestand nicht richtig feststellt, die Rechtsnorm nicht richtig ermittelt und auch die Subsumtion des konkreten Tatbestandes unter die abstrakten Tatbestandsmerkmale der abstrakten Rechtsnorm nicht richtig vornimmt[33]). Diese Unrichtigkeiten sind eine Folge der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis und können nicht mit einer Beschwerde angefochten werden. Die gleichen Fehler können dem Richter jedoch zum Vorwurf gemacht werden, wenn er dabei gleichzeitig seine Amtspflichten vernachlässigt. Ist dies der Fall, so handelt es sich nicht

32) Vergl. hierüber auch Sauter, Seite 56.
33) Vergl. Gülland, No. 263.

mehr bloss um Verstandesfehler, sondern um Willensfehler des Richters[34]). Diese können die Unrichtigkeiten direkt bewirken oder Anlass zu jenen Verstandesfehlern sein, die dann ihrerseits die Unrichtigkeit zur Folge haben. Hier haben wir demnach eine doppelte Rechtsverletzung, nämlich eine Verletzung der richterlichen Amtspflicht einerseits und eine unterlassene oder nicht richtige Rechtsanwendung andererseits. Die erste untersteht grundsätzlich dem Eingriff der Aufsichtsbehörde und ist somit durch die Disziplinarbeschwerde anfechtbar, die zweite ist dagegen von der richterlichen Unabhängigkeit gedeckt und deshalb der Korrektur im Aufsichtswege verschlossen. Unter Umständen sind Gesetzesverletzung und Amtspflichtverletzung jedoch aufs engste miteinander verbunden, so dass sich eine Amtspflichtverletzung nur erweisen lässt, wenn gleichzeitig eine Überprüfung der Entscheidung auf ihre Richtigkeit erfolgt. Dazu ist aber nur eine Rechtsmittelinstanz zuständig. Steht im konkreten Fall dem Rechtsuchenden ein Rechtsmittel zur Verfügung, so kann er sich mit diesem auch von den nachteiligen Folgen der Amtspflichtverletzung befreien. Er hat in dem Fall kein Interesse an einer Disziplinarbeschwerde. Ist aber die Weiterziehung der Entscheidung durch ein Rechtsmittel nicht möglich, so besteht die Gefahr, dass ein Unbefriedigter eine Änderung seiner Rechtslage dadurch zu erreichen sucht, dass er eine Disziplinarbeschwerde wegen Amtspflichtverletzung einreicht. Da aber eine begangene Amtspflichtverletzung dem Richter seine Fähigkeit richterliche Handlungen und Entscheidungen zu treffen nicht nimmt, hat eine solche Disziplinarbeschwerde nicht Aussicht auf Erfolg. Der Richter bleibt mit staatlicher Autorität ausgerüstet und eine disziplinarische Amtspflichtverletzung nimmt den richterlichen Handlungen ihren hoheitlichen Charakter nicht. Deshalb kann eine Änderung einer richterlichen Entscheidung nie durch eine Disziplinarbeschwerde an die Aufsichtsbehörde wegen Amtspflichtverletzung geltend gemacht werden.

Ich will versuchen, dies an einem praktischen Beispiel zu beweisen. Wenn ein Richter eine Partei durch Anwendung von Gewalt zwingt, im Audienzlokal zu verbleiben, so bedeutet dies eine ungebührliche Behandlung. Auf Beschwerde hin kann die Aufsichtsbehörde eine Disziplinarmassnahme treffen. Den betreffenden Termin kassieren dürfte der Appellationshof nicht, denn dadurch, dass er eine Partei ungebührlich behandelt, hat der Richter die Fähigkeit die Verhandlungen eines Termins zu führen nicht verloren. Würde aber der Richter, nachdem er die Partei mit Gewalt ins Audienzlokal zurückgeführt hatte, diese Partei einvernehmen und das Ergebnis dieser Einvernahme seinem Urteil zu Grunde legen, so würde zugleich der sachliche Beschwerdegrund Amtsmissbrauch vorliegen, da der Richter eine ungesetzliche Handlung vornahm. Denn diese Partei, die nur mit Gewalt an der

34) Vergl. Goldschmidt, Seite 247.

Verhandlung teilnahm, muss als säumig betrachtet werden, denn sie wollte am Termin nicht teilnehmen. Wenn eine Partei an einem Termin nicht teilnehmen will, so treffen sie nur die Säumnisfolgen nach Art. 206 ff. ZPO. In der erzwungenen Einvernahme dieser Partei liegt eine ungesetzliche Amtshandlung und diese kann durch die Aufsichtsbehörde kassiert werden, gestützt auf Art. 374, Ziff. 3, ZPO.

Hätte aber der Richter z. B. eine Partei nur ungebührlich behandelt, indem er an ihrer Aussage auf eine Art Kritik übte, die jeder Beschreibung spottet und hierauf in seinem Ärger ein unrichtiges Urteil gefällt, so könnte dieses Urteil nur durch ein Rechtsmittel, nicht aber auf dem Wege einer Disziplinarbeschwerde beseitigt werden.

Es sei schliesslich hier im Anschluss an die Behandlung der rechtlichen Natur der Zivilprozessbeschwerde daran erinnert, dass das Gesetz darauf hinweist, dass es sich um eine Spezialregelung der Beamtenverantwortlichkeit handelt[35]. Sie ist immer dann anzuwenden, wenn in einem Zivilprozessverfahren ein in Art. 374 aufgezählter Beschwerdegrund zutrifft, und in allen diesen Fällen ist die Beschwerde nach Verantwortlichkeitsgesetz ausgeschlossen. Praktisch wichtig ist dabei, dass im ersten Fall die Beschwerde binnen 10 Tagen seit Kenntnis des Beschwerdegrundes[36] einzureichen ist, während das Verantwortlichkeitsgesetz keine Beschwerdefrist kennt. Es empfiehlt sich deshalb, rechtzeitig zu prüfen, ob die eine oder die andere Beschwerde zutrifft, da sie sich gegenseitig ausschliessen und es unmöglich wäre, etwa eine verpasste Zivilprozessbeschwerde nachträglich in der Form einer Verantwortlichkeitsbeschwerde nach Verantwortlichkeitsgesetz anzubringen[37].

## § 10. Die Beschwerdegründe

Wenn wir die einzelnen Beschwerdegründe des Art. 374 ZPO näher betrachten, so müssen wir eine Dreiteilung vornehmen, nämlich:

a) die Gründe der Ziff. 1: Justizverweigerung und Justizverzögerung.
b) der Grund der Ziff. 2: ungerechtfertigte Prezesseinstellung.
c) die Gründe der Ziff. 3 und 4: Amtsmissbrauch und ungebührliche Behandlung der Parteien.

Denn obschon alle diese Beschwerdegründe unter der einheitlichen Bezeichnung Beschwerde gemäss § 11 des Verantwortlichkeitsgesetzes zusammengefasst sind, so bilden sie, wie wir jetzt gesehen haben, dennoch ein buntes Gemisch rechtlich ganz verschiedenartiger Beschwerdegründe. In den Kommentaren finden wir meist nur einen kurzen Hinweis auf die rechtsmittelähnlichen Charakter aufweisende Prozess-

35) ZPO 374, Verantwortlichkeitsgesetz § 11.
36) Art. 375 ZPO.
37) Vergl. auch Z. 68[71]

einstellungsbeschwerde und man spricht bei den drei übrigen Fällen kurzerhand von Disziplinarbeschwerden. Wir wollen im folgenden die einzelnen Gründe des Art. 374 näher prüfen.

*a) Die Justizverweigerung und die Justizverzögerung.*

I. Der Justizverwaltung unterstehen auch jene Verrichtungen der Gerichte, die sich in Handlungen und Entscheidungen äussern, die zwar nicht schlechthin Verwaltungscharakter haben, denen aber ihre prozessuale Zweckbestimmung entzogen wird. Damit entfällt für sie der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, weshalb sie in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden fallen. Es handelt sich hier um die Fälle der Verweigerung und Verzögerung der Rechtspflege. In der Regel wird eine solche Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege lediglich eine Pflichtverletzung des Richters darstellen und in einer unbegründeten Nichtausübung des Amtes bestehen. Es muss dies jedoch nicht so sein. Es kann dieser Beschwerdegrund auch vorliegen, wenn keine Pflichtwidrigkeit des Richters in Frage steht, es kann auch die Folge einer positiven amtlichen Anordnung sein. Wenn z. B. ein Richter in einem Ehescheidungsprozess dem Ehemann einen derart hohen Kostenvorschuss auferlegt, dass dieser praktisch den Prozess nicht durchführen könnte, so liegt in dieser Kostenvorschussverfügung eine Rechtsverweigerung. Durch diesen unerschwinglichen Kostenvorschuss würde nämlich der Richter dem Kläger das Recht verweigern, einen Scheidungsprozess durchzuführen[1]).

II. Eine *Rechtsverweigerung* liegt dann vor, wenn ein Richter oder ein Gericht sich weigert, in einem gegebenen Falle die Justiz zu verwalten, bzw. auf einen gegebenen Antrag zu verfügen. Sie kann darin bestehen, dass eine Gerichtsperson sich weigert, eine in den Kreis ihrer Zuständigkeit fallende Handlung auf ordnungsgemässes Ansuchen hin vorzunehmen, oder auch darin, dass sie eine Amtshandlung, die sie auch ohne besonderes Gesuch vorzunehmen hat, unterlässt, ferner darin, dass sie die Vornahme einer Handlung aus unsachlichen Gründen oder aus Gründen, deren Unrichtigkeit sie bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen müsste, ablehnt. Dagegen ist eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung nicht gegeben, wenn ein Richter wohl die Amtshandlung vornimmt, aber sachlich falsch beurteilt. Über diese Frage schreibt die bernische Juristenzeitung[2]), dass wenn der Richter unbestrittenermassen innert den Schranken seiner sachlichen Zuständigkeit geurteilt, also formell wenigstens „Recht" gesprochen habe, so könne eine einen Beschwerdebeschluss rechtfertigende Rechtsverweigerung nur dann vorliegen, wenn sich aus den Akten ergäbe, dass er sein richterliches Offizium „Recht zu sprechen" nur scheinbar erfüllte, in Tat und Wahrheit

1) Vergl. Z. 67[72]
2) Z. 51266

aber sich unter dem Deckmantel der Urteilsfällung geweigert hatte, ein zweifellos bestehendes Recht des Beschwerdeführers pflichtgemäss zu schützen. Andernfalls könnte also nur das Rechtsmittel der Appellation helfen. Hingegen könnte eine Rechtsverweigerungsbeschwerde angebracht werden, wenn der Richter in unrichtiger Weise eine Klage wegen Nichtleistung der Prozesskostensicherheit (76 al. 1 ZPO), oder wenn er eine Klage wegen formeller Mängel im Sinne des Art. 161 ZPO zurückweist[3]).

III. Eine *Rechtsverzögerung* besteht in einem ungebührlichen Aufschub der Justizverwaltung, die zunächst darin bestehen kann, dass der Richter eine ihm zur Pflicht gemachte Handlung über die Gebühr hinausschiebt oder andererseits darin, dass er eine Verfügung, die er binnen einer bestimmten Frist vornehmen sollte nicht binnen der ihm anberaumten Frist vornimmt. So könnte z. B. eine Beschwerde wegen Verzögerung der Rechtspflege angebracht werden, wenn ein Richter ein Gesuch um eine einstweilige Verfügung zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes unverhältnismässig lange Zeit nicht behandelt, so dass der Zweck der nachgesuchten Verfügung nicht mehr erreicht werden kann.

IV. Trotz dieser begrifflichen Unterscheidung nähert sich die Justizverzögerung praktisch der Justizverweigerung, nämlich dann, wenn sie beharrlich ausgeübt wird.

V. Wie wir bereits unter I gesehen haben, wird eine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung in der Regel eine Pflichtverletzung des Richters darstellen. In dem Fall würde er nach Art. 15 Staatsverfassung und nach Verantwortlichkeitsgesetz zur Verantwortung gezogen werden können, wobei der einzuschlagende Weg nach Art. 374 ZPO in Verbindung mit § 11 Verantwortlichkeitsgesetz eine zivilprozessuale Beschwerde wäre. Wenn nun aber die Rechtsverweigerung nicht auf einer richterlichen Pflichtverletzung beruht, sondern die Folge einer richtigen amtlichen Anordnung ist, so liegt ein Beschwerdegrund vor, der über die Verantwortlichkeit des Gesetzes von 1851 hinausgeht. In dem Fall haben wir eine Beschwerde, bei welcher die amtliche Verfügung ähnlich wie bei einem Rechtsmittel oder wenigstens wie bei der Prozesseinstellungsbeschwerde auf ihre Richtigkeit geprüft wird, und hier hat die Beschwerde wiederum mehr zivilprozessualen als verwaltungsrechtlichen Charakter. Es ist dies wohl mit ein Grund, weshalb eine Sonderregelung der Justizverweigerung und Justizverzögerung in der Zivilprozessordnung und ausserhalb des Verantwortlichkeitsgesetzes erfolgte.

VI. Es mag interessant sein, hier kurz auf den Unterschied einzutreten, der zwischen dem Nichtigkeitsgrund des Art. 359.3 — Verweigerung des rechtlichen Gehörs — und dem Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung besteht.

---

3) Vergl. Leuch 161 N. 5 und derselbe 333 N. 1; ferner Z. $55_{526}$.

Das rechtliche Gehör ist die gleichmässige Anhörung beider Parteien vor dem Richter. Es ist dies einer der wichtigsten Grundsätze unserer Prozessordnung. Niemand darf ungehört verurteilt werden. Solange der Richter nicht beide Parteien gehört, und zwar gleichmässig gehört hat, fehlt ihm die Gewissheit und Überzeugung vom Rechte einer Partei. Ein logisches und gerechtes Urteil ist das Ziel eines jeden Prozesses, und dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn nur die Vorbringen einer Partei gehört werden, denn wenn auch die Urkunden, Zeugenaussagen und andern Beweismittel entscheidenden Einfluss auf das Urteil haben mögen, so kann der Richter, ehe er die Gegenpartei gehört hat, doch nie wissen, ob nicht z. B. durch einen Verzicht, durch eine Zahlung oder aus einem andern Grunde der geltend gemachte Anspruch der einzig gehörten Partei aufgehoben ist. Deshalb ist die Prozessordnung bestrebt, beiden Parteien die wechselweise Verteidigung ihrer Rechte zu gewähren. Dies gilt für die ganze Dauer eines Verfahrens, da jede einzelne Prozesshandlung als Mittel zum Zwecke einer richtigen Urteilsfindung betrachtet werden muss[4]). Dieser Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist ein Ausfluss des in Art. 4 der Bundesverfassung verankerten Grundsatzes der Rechtsgleichheit. Bei Verweigerung des rechtlichen Gehörs spricht man von formeller Rechtsverweigerung[5]).

Die Justizverweigerung besteht dagegen in einer Nichtvornahme einer Amtshandlung durch den Richter. Sie ist also ein umfassenderer Begriff einer formellen Rechtsverweigerung. Die Nichtgewährung des völligen rechtlichen Gehörs lässt sich ohne Schwierigkeiten unter die Rechtsverweigerung subsumieren. Denn wenn ein Richter eine Partei in einem Prozesstadium nicht anhört, obschon er nach Gesetz hiezu verpflichtet wäre, so weigert er sich eben, eine ihm obliegende Amtshandlung vorzunehmen. Umgekehrt aber umfasst die Rechtsverweigerung des Art. 374.1 ZPO nicht nur die Verweigerung des rechtlichen Gehörs, sondern eben sämtliche Verweigerungen einer Amtshandlung, zu deren Vornahme der Richter verpflichtet ist. Dadurch, dass der Gesetzgeber die Verweigerung des völligen rechtlichen Gehörs aus dem allgemeinen Beschwerdegrund der Rechtsverweigerung ausschied und in der Nichtigkeitsklage als Nichtigkeitsgrund regelte, wollte er offenbar gerade die Wichtigkeit dieses besondern Prozessgrundsatzes hervorheben.

VII. Es stellt sich schliesslich die Frage: Was kann mit der Rechtsverweigerungs- resp. Rechtsverzögerungsbeschwerde erreicht oder begehrt werden? Dem Beschwerdeführer wird es darum gehen, dass die Beschwerdeinstanz den beschwerten Richter anweist, die verzögerte oder verweigerte Amtshandlung vorzunehmen. Dies kann er auch beantragen, denn der Art. 378 ZPO sagt, dass die Beschwerdeinstanz bindende Weisungen erteilen könne. Über die eventuell notwendigen, der

4) Vergl. darüber Kaufmann, Seite 3 ff.
5) Vergl. Göschke, Seite 103.

Beschwerdeinstanz zur Verfügung stehenden Disziplinarmassnahmen sagt die Prozessordnung nichts. Es muss deshalb ergänzend das Verantwortlichkeitsgesetz herangezogen werden, das von Tadel, Überweisung an die Gerichte behufs Abberufung und Verantwortlicherklärung für den Schaden spricht[6]. Hinsichtlich des Schadenersatzes braucht sich allerdings der Appellationshof als Beschwerdeinstanz nicht mit einer blossen Verantwortlicherklärung zu begnügen, sondern er kann diesen sogleich selber bestimmen[7]. Nach Art. 7 GOG steht dem Appellationshof zudem das Recht zu, eine Busse bis zu 200 Franken zu verfügen, oder dem Plenum des Obergerichtes die Amtseinstellung bis zu sechs Monaten zu beantragen. Diese beiden zuletzt erwähnten Massnahmen können vom Beschwerdeführer nicht beantragt werden, da das GOG diese Möglichkeit nicht gibt. Dagegen können sie vom Beschwerdeführer natürlich angeregt werden.

Richtet sich die Beschwerde an den Grossen Rat, so kann dieser nur die ihm im Verantwortlichkeitsgesetz[8] gegebenen Disziplinarmassnahmen anordnen, denn Weisungen erteilen oder über den Schadenersatz urteilen kann er nicht[9]. Er kann einen Tadel aussprechen, den Beklagten für den entstandenen Schaden verantwortlich erklären, ihn dem Obergericht behufs Abberufung oder den Strafgerichten zur Strafverfolgung überweisen.

*b) Die Beschwerde wegen ungerechtfertigter Prozesseinstellung.*

I. Wir haben bereits im § 7 unter III die eigentümliche Stellung der Prozesseinstellungsbeschwerde unter den übrigen Beschwerdegründen hervorgehoben. Dort haben wir erwähnt, dass sich in diesem Fall die Beschwerde gegen einen unrichtigen richterlichen Entscheid richtet, der nicht aus einer Amtspflichtverletzung hervorgegangen sei, sondern auf der Fehlbarkeit menschlicher Erkenntnis beruhe. Es findet denn auch eine unbeschränkte, sachliche Überprüfung der richterlichen Einstellungsverfügung statt, so dass dieser Beschwerdegrund wenig in das System der Verantwortlichkeitsbeschwerde passt. Andererseits ist nun aber zu sagen, dass dieser Beschwerdegrund trotzdem in das System der bernischen Zivilprozessbeschwerde passt, und dass seine Aufnahme im Art. 374 ZPO durch den Gesetzgeber gar nicht so abwegig ist. Genau gesehen gehören nämlich die Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde einerseits und die Prozesseinstellungsbeschwerde andererseits eng zusammen. Die Beschwerde nach Art. 374, Ziff. 2, ist im Grunde genommen nichts anderes, als ein Hauptfall der Verwei-

6) Vergl. § 26 Verantwortlichkeitsgesetz.
7) Vergl. Art. 378 ZPO.
8) § 40 Verantwortlichkeitsgesetz.
9) Vergl. Leuch Art. 378 N. 2 und unten § 13, der Grosse Rat als Beschwerdeinstanz.

gerung und Verzögerung der Rechtspflege[10]. Allerdings gibt sich die Prozessistierung in der Regel in einem bestimmten Erlass kund und nicht bloss in der Nichtausübung eines Amtes. Die nahe Beziehung der Prozesseinstellungsbeschwerde zur Justizverzögerungsbeschwerde zeigte sich aber sehr hübsch an einem praktischen Fall, wo ein Amtsgericht, anstatt ausdrücklich nach Art. 96 ZPO eine Einstellungsverfügung zu treffen, einfach die Fällung des Urteils auf unbestimmte Zeit verschob, um dadurch einer Beschwerdeführung auszuweichen. Die Aufsichtsbehörde hat in diesem Falle erkannt, dass ein solcher Aufschub einer Prozessistierung gleichkomme, und sie hat deshalb eine Beschwerde wegen unbefugter Prozesseinstellung gutgeheissen, denn die Hinausschiebung eines Urteils auf unbestimmte Zeit ist, wenn wenigstens nicht beide Parteien einverstanden sind, nur unter den Voraussetzungen des Art. 96 zulässig; ohne diese ist jeder Prozess mit derjenigen Beschleunigung, welche der Gerichtsbetrieb gestattet, zum Abschluss zu bringen[11]. Wir haben hier also ein typisches Beispiel, wo eine Pflichtverletzung eines Gerichtes zu einer ungerechtfertigten Prozesseinstellung auch ohne ausdrückliche richterliche Verfügung und dadurch zu einer gutgeheissenen Beschwerde führte. Daraus ersehen wir, dass auch die Beschwerde nach 374, Ziff. 2, ZPO eine nahe Verwandtschaft zu den richterlichen Disziplinarfehlern Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung aufweist, was uns ihre Regelung innerhalb der sonst Disziplinarcharakter aufweisenden Zivilprozessbeschwerde des bernischen Rechtes verständlich erscheinen lässt. Wie die Rechtsverweigerungsbeschwerde, nur noch in verstärktem Masse, hat die Prozesseinstellungsbeschwerde einen Doppelcharakter. In erster Linie ist sie Rechtsmittel gegen eine prozessleitende Verfügung des Richters, gegen welche sonst kein Rechtsmittel besteht, sekundär aber kann sie Disziplinarcharakter haben, nämlich dann, wenn die Einstellung des Prozesses auf einer Verletzung der Richterpflicht beruht. Da ja die Beschwerdeinstanz und die Rechtsmittelinstanz, also obere Spruchbehörde und Disziplinarbehörde, in der Regel das gleiche Gericht, nämlich der Appellationshof ist, spielt es praktisch keine Rolle, dass wir uns bestimmt entscheiden, ob die Prozesseinstellungsbeschwerde mehr Rechtsmittel, mehr sachliche Beschwerde oder mehr Disziplinarmittel sei. Allerdings ist hier beizufügen, dass wenn die Beschwerde gegen den Appellationshof oder eine seiner Abteilungen gerichtet ist, der Grosse Rat als Beschwerdeinstanz waltet. Nun hat aber der Grosse Rat weder nach Kantonsverfassung noch nach Verantwortlichkeitsgesetz die Befugnis, ein Urteil oder eine andere Amtshandlung eines Gerichtes aufzuheben, oder ihm Weisungen zu erteilen.

Es ist deshalb, wie wir unter III noch sehen werden, eine Prozesseinstellungsbeschwerde an den Grossen Rat unbehelflich.

10) Vergl. Sauter K., Seite 35 ff.
11) Vergl. Z. $62_{411}$

Man könnte sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber mit der Regelung der Prozesseinstellungsbeschwerde nicht vielleicht eben doch diese Prozesseinstellung der Aufsicht einer Aufsichtsbehörde unterstellen wollte. Dies scheint mir jedoch unwahrscheinlich. Der Entscheid, ob ein Prozess zu sistieren sei, muss dem Ermessen des das Verfahren durchführenden Gerichtes anheimgestellt sein, und es darf nicht in die Kompetenz einer Aufsichtsbehörde fallen, die Gründe, welche das Gericht zur Sistierung veranlasst haben, auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen. Die Prozesseinstellung verfolgt den Zweck, eine objektiv richtige Entscheidung über die streitige Sache zu erreichen. Ob tatsächlich dieser Zweck erreicht wird, oder ob eine geeignetere Massnahme zu treffen gewesen wäre, darf nicht eine Aufsichtsbehörde prüfen. Dies darf nur eine Rechtsmittelinstanz tun. Der bernische Gesetzgeber wollte aber offenbar sein Rechtsmittelsystem, in welches die Prozesseinstellungsbeschwerde nirgends recht hineinpasste, nicht verletzen. Deshalb hat er diesen Fall in der Beschwerdeordnung geregelt, bestimmt jedoch in dem Sinne, dass er dadurch das eigentliche Beschwerdesystem durchbrach und die Beschwerdeinstanz hier als Rechtsmittelinstanz betrachtete.

Der Grund, warum Prozessistierung mit der Beschwerde anzufechten ist, liegt also nicht darin, dass Sistierungsbeschlüsse mit der Rechtsprechung nichts zu tun hätten und bloss als Justizverwaltungsangelegenheiten betrachtet werden müssten. Die Ursache ist viel mehr die eigenartige Regelung der Rechtsmittel. Zwischenentscheide, Verfügungen und Beschlüsse sollen in der Regel nicht durch Rechtsmittel angefochten werden können, weil die Rechtsmittel den Anfechtungen von *Urteilen* dienen. Es gibt deshalb keine Möglichkeit durch ein besonderes Rechtsmittel Sistierungsbeschlüsse als prozessleitende Massnahme auf ihre Richtigkeit überprüfen zu lassen. Insofern ergänzt hier die Beschwerde die Rechtsmittel.

II. Was wir unter einer Prozesseinstellungsverfügung zu verstehen haben, sagt uns der Art. 96 ZPO. Dieser sieht zwei Fälle vor, nämlich wenn das Urteil entweder von der Entscheidung in einem andern Rechtsstreite abhängig ist oder wesentlich beeinflusst wird, sowie wenn in einem andern Prozess die gleiche Rechtsfrage zur Erledigung gelangt. Keine Rolle spielt es, ob in diesen Fällen der präjudizielle Rechtsstreit ein Zivil-, Verwaltungs-, oder Strafprozess oder gar ein betreibungsrechtliches Verfahren sei, ob Identität der Parteien vorliege oder nicht und schliesslich ob dieser Rechtsstreit schon hängig sei[12].

Zu diesen beiden Fällen der Prozesseinstellung kommt noch der Sonderfall des Art. 40 ZPO, wo bei Rechtsnachfolge einer Partei infolge Erbganges der Richter einen Prozess bis zu dem Zeitpunkt einstellen muss, in dem die Erben die Erbschaft nicht mehr ausschlagen können.

12) Vergl. Leuch, Art. 96 N. 2.

Ferner gibt der Art. 78 ZPO dem Richter eine Einstellungsbefugnis, wenn und solange ein Armenrechtsgesuch hängig ist, und schliesslich besteht für ihn die gleiche Möglichkeit nach Art. 242 ZPO, wenn als Beweismittel eine Urkunde dienen soll, die vorläufig noch Gegenstand eines Strafprozesses ist. Dazu können Bestimmungen kommen, wie sie das materielle Recht gibt, wie z. B. das ZGB in Art. 586, der sagt, dass Prozesse während der Dauer der Aufnahme eines Erbschaftsinventars nur in dringenden Fällen fortgesetzt werden können. Auch das Konkursrecht schreibt vor, dass ein Zivilprozess, in welchem der konkursite Gemeinschuldner Kläger oder Beklagter ist, in nicht dringlichen Fällen und vorbehältlich Art. 207, Abs. 2, Sch. K. G. bis 10 Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung einzustellen ist[13]). Auf jeden Fall hat ein Richter eine Einstellungsbefugnis nur dann, wenn ihm das Gesetz eine solche gibt. Er kann also nicht etwa nach freiem Ermessen einen Prozess einstellen[14]).

Besondere Erwähnung verdient der Umstand, dass nur gegen eine ungerechtfertigte Prozesseinstellung eine Beschwerde gegeben ist, dass aber keine solche geführt werden kann, wenn ein von einer Partei gestelltes Gesuch um Einstellung des Prozesses vom Richter abgelehnt worden ist. Auch dient diese Beschwerde ausschliesslich dem Zweck, eine Prozesseinstellungsverfügung zu beseitigen, nicht aber auch um gleichzeitig andere Begehren anzubringen. Wenn zum Beispiel ein Beschwerdeführer in einem Ehescheidungsprozess mit einer Beschwerde die Aufhebung der Sistierung eines Prozesses wegen Nichtleistung von Unterhaltsbeiträgen und zugleich die Herabsetzung dieser Unterhaltsbeiträge anbegehrt, so kann auf die Beschwerde nur soweit eingetreten werden, als sie sich gegen die Einstellung des Prozesses bis zur Leistung des Prozesskostenvorschusses richtet. Dagegen darf auf die Frage der Höhe der Unterhaltsbeiträge nicht eingetreten werden, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 299, Abs. 1 ZPO, die Appellation gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren ausgeschlossen ist. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass solche Verfügung auch auf dem Beschwerdewege nicht angefochten werden können[15]).

III. Es stellt sich hier wiederum die Frage: was kann der Beschwerdeführer beantragen und wie kann die Beschwerdeinstanz entscheiden? Massgebend ist hiefür der Rechtsmittelcharakter dieser Beschwerde und die Stellung der Beschwerdeinstanz als Spruchbehörde. Der Antrag des Beschwerdeführers wird dahin lauten, es sei die Prozesseinstellungsverfügung als gesetzwidrig zu kassieren und dem beschwerdebeklagten Gericht oder Richter die Weisung zur Fortführung des Prozesses zu erteilen. Die Beschwerdeinstanz überprüft, sofern

13) Vergl. 207, Abs. 1, Sch. K. G.
14) Vergl. Z. 62411
15) Vergl. Z. 63415

formell auf die Beschwerde eingetreten werden kann und sich diese nicht sofort als unbegründet erweist, die sachliche Richtigkeit der Prozesseinstellungsverfügung und entscheidet sodann im Sinne einer Abweisung der Beschwerde oder indem sie dieselbe gutheisst, die Einstellungsverfügung aufhebt und das beschwerte Gericht zur Fortsetzung des Prozesses anweist. Ein Begehren um Schadenersatz kann nicht gestellt werden wegen des Rechtsmittelcharakters dieser Beschwerde. Denn auch bei Rechtsmitteln ist diese Möglichkeit, nur weil ein Richter falsch geurteilt hat, nie gegeben.

Da es sich bei dieser Beschwerde in der Regel um einen blossen rechtsmittelähnlichen Rechtsbehelf handelt, wobei der beschwerte Richter von der richterlichen Unabhängigkeit gedeckt ist, kommt die Anordnung von Disziplinarmassnahmen durch die Beschwerdeinstanz nicht in Frage. Sollte sich jedoch der Richter zudem einer Pflichtverletzung schuldig gemacht haben, so steht dem Appellationshof als Beschwerdeinstanz die Möglichkeit offen, eine Disziplinarmassnahme anzuordnen.

Ist der Grosse Rat Beschwerdeinstanz, so ist eine Beschwerde nach 374, Ziff. 2 ZPO unbehelflich. Der Grosse Rat kann nicht Spruchbehörde sein, er kann nicht eine, von einem unabhängigen Richter im Rahmen seiner Befugnisse getroffene Amtshandlung kassieren. Der Grosse Rat ist nie Rechtsmittelinstanz in der ZPO. Disziplinarmassnahmen könnten ihm allerdings beantragt werden, wenn die Prozesseinstellung mit einer Pflichtverletzung verbunden wäre. Aber auch in dem Fall könnte der Grosse Rat nur die ihm dort eingeräumten Disziplinarbefugnisse ausüben, nicht etwa auch die Prozesseinstellungsverfügung aufheben. Somit gibt es grundsätzlich keinen Rechtsbehelf gegen die Einstellung eines Prozesses durch den Appellationshof oder eine seiner Abteilungen. Wäre allerdings diese Prozesseinstellung durch den Appellationshof gestützt auf eine bundesrechtliche Bestimmung[16] erfolgt, und zwar in unrichtiger Weise, so wäre das Rechtsmittel einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gestützt auf Art. 4 der B. V. vielleicht noch behelflich.

### *c) Die Beschwerde wegen Amtsmissbrauch und ungebührlicher Behandlung der Parteien.*

Am wenigsten Schwierigkeiten in ihrer rechtlichen Erfassung bereiten uns die beiden letzten, unter Ziff. 3 und 4 des Art. 374 ZPO aufgezählten Beschwerdegründe wegen Amtsmissbrauch und ungebührlicher Behandlung der Parteien. Beide sind reine Aufsichtsbeschwerden und zwar Amtsmissbrauch wie wir im vorangehenden Paragraphen gesehen haben, eine hauptsächlich sachliche, die Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien eine gemischt sachliche und Disziplinarbeschwerde.

16) ZGB 586 Sch. K. G. 207.

*I. Die Beschwerde wegen Amtsmissbrauch.*

Die Beschwerde wegen Amtsmissbrauch ist nach Ziff. 3 des Art. 374 ZPO begründet, wenn eine Gerichtsperson ihre Amtsgewalt zur Vornahme einer ihr nach dem Gesetz nicht zustehenden Amtshandlung missbraucht, d. h. wenn der Richter eine Handlung vornimmt, die ausserhalb des Rahmens der ihm nach Gesetz zukommenden Amtsgewalt liegt. Dagegen ist eine solche Beschwerde dann nicht gegeben, wenn der Richter an sich nach Gesetz zur Vornahme der betreffenden Handlung bzw. Verfügung befugt ist, mag dieselbe auch vielleicht angesichts der gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen materiell ungerechtfertigt sein[17].

So wurde eine Beschwerde wegen Amtsmissbrauch als unbehelflich bezeichnet, als die Erteilung einer Klagebewilligung in einem zweiten Aussöhnungsversuche angefochten wurde, da der Gerichtspräsident von der Nichtbezahlung der Kosten des ersten Aussöhnungsversuches keine Kenntnis gehabt hatte. Denn dadurch, dass der Richter in einem zweiten Aussöhnungsversuche eine Klagebewilligung erteilt hatte, hat er nicht eine Handlung vorgenommen, die ausserhalb des Rahmens der ihm nach dem Gesetze zukommenden Amtsgewalt liegt, obschon diese im Fragefalle angesichts der gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzung materiell ungerechtfertigt war[18]. Würden wir nun aber den Fall setzen, der Richter habe gewusst, dass die Kosten des ersten Aussöhnungsversuches noch nicht bezahlt seien, so hätte er sich dadurch des Amtsmissbrauchs schuldig gemacht; denn nach dem genauen Wortlaut des Art. 155 ZPO darf ein neuer Aussöhnungsversuch erst bewilligt werden, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass er die Kosten des ersten Aussöhnungsversuchs bezahlt hat.

Ebenso ist auf eine Beschwerde wegen Amtsmissbrauch zum vorneherein nicht eingetreten worden, weil darin versucht wurde, eine unrichtige Entscheidung des Richters über die örtliche Zuständigkeit zu beseitigen. Ein Missbrauch der Amtsgewalt kann in einem solchen Falle nicht erblickt werden. Denn wenn ein Richter nach den Vorschriften des GOG und der ZPO zur Entscheidung eines Streites sachlich zuständig ist, so missbraucht er sein Amt nicht, um eine Handlung ausserhalb seiner Befugnisse vorzunehmen, auch wenn seine örtliche Zuständigkeit tatsächlich nicht gegeben wäre[19].

Eine Beschwerde wegen Amtsmissbrauch wurde vom Appellationshof als begründet erklärt für einen Fall, wo ein Beklagter nachträglich, nachdem er bereits auf die Klageschrift geantwortet hatte, ein Gesuch um Kostensicherheit einreichte. Dieses Gesuch wurde vom Richter zu unrecht bewilligt; denn der Richter darf darauf nur eingehen, wenn das Gesuch vor der Antwort des Beklagten eingereicht wurde. Dadurch,

17) Vergl. Z. 55[526]
18) Vergl. Z. 65244
19) Z. 57180

dass er nachträglich dieses Gesuch bewilligte, hat er eine Handlung vorgenommen, die ausserhalb des Rahmens der ihm nach Gesetz zukommenden Amtsgewalt liegt[20].

Praktisch werden wohl die Beschwerden wegen Amtsmissbrauch selten oder doch wenigstens selten begründet sein, da ein sorgfältiger Richter Amtshandlungen, die ausserhalb seiner Amtsgewalt liegen, nicht vornehmen wird.

Es bleibt die Frage zu entscheiden, wie der Antrag einer solchen Beschwerde und wie deren Entscheid lauten kann. Wie wir in § 9, lit. b, festgestellt haben, handelt es sich hier um eine typisch sachliche Beschwerde. Der Beschwerdeführer wird deshalb in seinem Antrag die Aufhebung der ungesetzlichen Amtshandlung beantragen, nebst einem allfälligen Schadenersatz. Sollte sich zugleich eine Disziplinarmassnahme aufdrängen, so kann der Appellationshof eine solche Massnahme, wiederum gestützt auf Art. 7 GOG oder auf § 26 Verantwortlichkeitsgesetz anordnen.

Richtet sich die Beschwerde an den Grossen Rat als Beschwerdeinstanz, so könnte dieser, wie wir schon wiederholt festgestellt haben, die infolge Amtsmissbrauches erfolgte ungesetzliche Handlung nicht aufheben und auch über ein Schadenersatzbegehren nicht urteilen. Da er auch keine Weisungen erteilen kann, kann dem Beschwerdeführer nur insoweit geholfen werden, als er eine Disziplinarmassnahme nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz beantragen kann, wobei am ersten die Verantwortlicherklärung für den Schaden eine Rolle spielen wird.

### *II. Die Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien.*

Eine Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien ist dann gegeben, wenn der Richter die Regeln des Anstandes und der Schicklichkeit gegen die Parteien oder beteiligten Drittpersonen verletzt. Eine ungebührliche Behandlung kann dagegen nie in einer sachlich unrichtigen Behandlung der Parteianträge bestehen.

Der Zivilprozess kennt im Gegensatz zum Strafverfahren, abgesehen von den sitzungspolizeilichen Massnahmen (Art. 19, 42, 43 ZPO) keine Zwangsmassnahmen gegen die Parteien. Säumige Parteien werden lediglich von den Säumnisfolgen getroffen (206 ff. ZPO). Deshalb ist zum Beispiel eine jede Gewaltsanwendung wie das gewaltsame Rückverbringen einer sich entfernenden Partei in das Audienzlokal ungesetzlich und qualifiziert sich als ungebührliche Behandlung[21].

Dagegen hat der Appellationshof festgestellt, dass in der Kritik von Zeugenaussagen noch keine ungebührliche Behandlung erblickt werden kann. Zeugen, deren Aussagen als unglaubwürdig befunden werden, können sich über ungebührliche Behandlung nicht beklagen,

20) Z. 77188
21) Vergl. Z. 74[202]

sofern die sie betreffenden Erörterungen nicht in grober oder anzüglicher Form gehalten sind[22]).

Eine ungebührliche Behandlung wurde jedoch darin erblickt, dass der Richter entgegen dem Verbot des Art. 42 ZPO eine Partei gewähren liess, den nun beschwerdeführenden Gegner zu beleidigen[23]).

In allen diesen Fällen charakterisiert sich eine derartige Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung als eine typische Disziplinarbeschwerde. Sie kann aber auch, wie wir bereits gesehen haben, die Form einer sachlichen Beschwerde annehmen. Denn eine ungebührliche Behandlung liegt auch in der ungerechtfertigten Disziplinierung gemäss Art. 19 ZPO, der sagt: „Wer in mündlichen oder schriftlichen Äusserungen die dem Richter geschuldete Achtung verletzt, wird vom Richter selbst disziplinarisch mit Verweis, Geldstrafe bis auf 100 Fr. oder Gefangenschaft bis zu 48 Stunden bestraft. Zu spätes Erscheinen der Parteien oder ihrer Anwälte ist durch den Richter mit einer Busse von 1 bis 20 Franken zu belegen, sofern nicht dringende Entschuldigungsgründe glaubhaft gemacht werden". Dasselbe gilt für die Disziplinierung des Art. 42, 2. ZPO. In diesen bestimmten Fällen will mit der Beschwerde die vom beschwerten Richter ausgesprochene Disziplinarverfügung aus der Welt geschafft werden. So wurde vom Appellationshof eine Verfügung des Richters, welche eine Partei in Geldbusse und Kosten des Termins verurteilte, kassiert, weil in dieser Verurteilung einer zum Aussöhnungsversuche vorgeladenen Partei, welche erschienen war, sich aber eine Stunde nach der anberaumten Zeit wieder entfernt hatte, eine ungebührliche Behandlung erblickt wurde, nachdem die Beweisführung dargetan hatte, dass Beklagter um 9 Uhr zitiert und erschienen, das Gericht dagegen nicht vor 11 Uhr vollständig gewesen war[24]).

Die Beschwerdeführung wegen ungebührlicher Behandlung der Parteien ist auch der praktische Fall, wo eine Beschwerdeführung durch Drittpersonen stattfinden kann.

Hinsichtlich der zu stellenden Beschwerdeanträge und der möglichen Beschwerdeentscheide muss unterschieden werden zwischen der Beschwerde wegen ungebührlicher Behandlung als Disziplinarbeschwerde und als sachliche Beschwerde. Insofern als sie Disziplinarbeschwerde ist, hat die Beschwerdeführung die Bedeutung einer blossen Anzeige; die Beschwerdeinstanz kann die Disziplinarmassnahmen treffen, die ihr der § 26 Verantwortlichkeitsgesetz oder das Gerichtsorganisationsgesetz gibt. Handelt es sich um eine sachliche Beschwerde, so wird der Antrag auf Aufhebung der getroffenen Verfügung lauten und der Entscheid, wenn die Beschwerde begründet ist, dieselbe kassieren. Dabei ist natürlich wieder der Grosse Rat als Beschwerdeinstanz nicht zur Fällung

22) Vergl. Z. 64[318]
23) Vergl. Z. 31[439]
24) Vergl. Z. 20[498]

eines Entscheides in der Sache, sondern nur zu Massnahmen nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz zuständig. Soweit es sich um eine Beschwerde an den Appellationshof handelt, kann in beiden Fällen, sowohl bei der sachlichen wie bei der Disziplinarbeschwerde, ein allfälliger Schadenersatz eingeklagt werden, was aber wohl bei diesem Beschwerdegrund selten der Fall sein wird. Der Grosse Rat dagegen könnte in einem solchen Falle nur die Verantwortlicherklärung aussprechen.

## § 11. Die richterliche Unabhängigkeit und die Beschwerde

I. Wir haben bereits im § 9, sub. b gesehen, dass eine gerichtliche Handlung nicht ein Rechtsprechungsakt, bzw. Verwaltungsakt sei, weil dem Gericht dabei Unabhängigkeit zukomme oder nicht, sondern dass umgekehrt ein Gericht unabhängig sei, weil es sich um einen Rechtsprechungs- bzw. dass es nicht unabhängig sei, weil es sich um einen Verwaltungsakt handle. Die Unabhängigkeit sei die Folge des Rechtsprechungsaktes, nicht seine Ursache.

Daraus folgt ohne weiteres, dass es sich bei unserer Zivilprozessbeschwerde, soweit diese den Charakter einer Aufsichtsbeschwerde trägt, um Fälle handelt, bei welchen die beschwerte Gerichtsbehörde nicht unter dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit gehandelt hatte. Das hätte zur Folge, dass in allen diesen Fällen die Aufsichtsbehörde auch einschreiten könnte, ohne dass Beschwerde geführt wurde. Ob dies zutrifft, wollen wir kurz näher untersuchen.

II. Der § 10 des Verantwortlichkeitsgesetzes bestimmt, dass die Disziplinaruntersuchung durch einen amtlichen Auftrag derjenigen Behörde eingeleitet werden kann, deren Aufsicht der fehlbare Beamte unterworfen ist. Der entsprechende § 30 desselben Gesetzes gibt bei der Regelung der Verantwortlichkeit des Regierungsrates und des Obergerichtes dem Grossen Rat die Möglichkeit, auf dem Wege der Mahnung — also aus der Mitte des Grossen Rates selber — einzuschreiten. Da die Zivilprozessordnung zu dieser Frage selber keine Stellung nimmt, müssen ergänzend diese Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes herbeigezogen werden. Wir ersehen daraus, dass auch ohne Beschwerde, von Amtes wegen, die Aufsichtsbehörde bei Vorliegen eines Beschwerdegrundes nach Art. 374 ZPO einschreiten könnte, sofern und soweit es sich wenigstens um eine Aufsichtsbeschwerde handelt. Der Regierungsrat müsste sogar einen allfällig entstandenen Schaden, nachdem der Beamte durch die zuständige Aufsichtsbehörde hiefür verantwortlich erklärt wurde, von Amtes wegen einklagen[1]).

Nicht zu verwechseln ist dieses Einschreiten von Amtes wegen mit demjenigen des Art. 90 ZPO. Auch dort haben wir ein Einschreiten

1) Vergl. § 52 Verantwortlichkeitsgesetz.

der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen, das einen Ausfluss des Aufsichtsrechtes des Appellationshofes darstellt und dem Art. 7 GOG entspricht. Aber es handelt sich dort nicht um Fälle, wo die Parteien, wie bei der Beschwerde, einen Antrag stellen können.

III. Die Prozesseinstellungsbeschwerde haben wir als keine eigentliche Aufsichtsbeschwerde, sondern als einen rechtsmittelähnlichen Rechtsbehelf bezeichnet. Dass dem so ist, wollen wir ganz besonders durch die Feststellung zu beweisen versuchen, dass beim Erlass einer Prozesseinstellungsverfügung der Richter unter dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit steht, und somit nur eine Rechtsmittelinstanz eine solche Verfügung aufheben kann.

Das Zivilprozessverfahren ist ein gesetzlich genau fixiertes Recht. Es regelt die Form staatlicher Rechtspflege, und diese Regelung stützt sich weder auf den Willen der Parteien noch auf den Willen des Trägers der Amtsgewalt, sondern beruht auf einer ausserhalb und über beiden stehenden Gewalt, der Gesetzgebungsgewalt. Sowohl Bürger wie Richter sind durch sie gebunden. Wo ist nun die Grenze zwischen Aufsichtsgewalt und richterlicher Unabhängigkeit zu ziehen? Der Prozess bezweckt die Beseitigung des Streitverhältnisses zwischen den Parteien durch die Herstellung der dem objektiven Recht entsprechenden Rechtslage. Dies ist der Ausgangspunkt, um eine Grenzziehung zu finden.

Das Urteil über die streitige Rechtssache wird durch Prozesshandlungen der Parteien und durch die prozessleitende Tätigkeit des Richters vorbereitet. Bei dieser Tätigkeit muss der Richter auch Entscheidungen treffen über die Prozessvoraussetzungen, über die gesetzlich geforderten Bedingungen, ohne deren Vorhandensein ein Urteil über die Sache selbst nicht ergehen kann, und ferner über die sonstigen prozessualen Parteirechte, soweit sie bestritten sind. So kann der bernische Prozessrichter nach Art. 96 unter Umständen einen Prozess einstellen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu vorliegen. Es handelt sich hier immer um Rechtsanwendung, d. h. um Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter eine bestimmte Rechtsnorm. Diesbezüglich besteht kein Unterschied zwischen ihnen und den Urteilen über die Sache. In beiden Fällen haben wir die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen bestimmten Tatbestand. Alle diese richterlichen Handlungen und Entscheidungen verfolgen dasselbe Ziel, sie wollen in mittelbarer oder unmittelbarer Weise dem Prozesszweck dienen.

Es kommt deshalb nicht nur den Urteilen über die Streitsache selber, sondern auch diesen Entscheidungen und Handlungen richterliche Unabhängigkeit zu. Ob nun der Richter ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien verbindlich festsetzt und deshalb einen Tatbestand unter eine Rechtsnorm des Privatrechtes subsumiert, oder ob er entscheidet, ein Prozess sei aus diesem oder jenem Grunde einzustellen, immer muss der Richter eine Tatsache unter eine Rechtsnorm subsu-

mieren. In einem Fall entnimmt er die Rechtsnorm dem Privatrecht, im andern dem Prozessrecht, beides aber ist gesetzliches Recht und die Herkunft der Rechtsnorm hat keine Bedeutung. Es ist deshalb diese Prozessleitungsgewalt, soweit sie die Bestimmung über prozessuale Parteirechte betrifft, der Aufsichtsgewalt entzogen.

## § 12. Die Voraussetzungen der Beschwerde

*a) Das Interesse des Beschwerdeführers an der Beschwerde.*

Voraussetzung eines Rechtsmittels ist immer eine Beschwernis der Partei. Hat derjenige, der ein Rechtsmittel einlegt, kein Interesse an der Einlegung — d. h. ist er nicht dadurch beschwert, dass seinen Anträgen ganz oder teilweise nicht entsprochen wurde — so kann er ein Rechtsmittel nicht einlegen. Es fehlt dann jeglicher Anspruch auf ein Rechtsmittel. Meistens ist dieses Wesensmerkmal der Rechtsmittel bei der gesetzlichen Regelung gar nicht besonders erwähnt, sondern es ergibt sich als eine Folge der Verhandlungsmaxime. Diese Beschwernis ist ein rein formelles Erfordernis für die Einlegung eines Rechtsmittels. Sobald ein Urteilsdispositiv den Anträgen der Partei nicht, oder nicht vollständig entspricht, sei es eventuell auch nur in Bezug auf den Kostenpunkt, so liegt eine Beschwernis vor. Mit der materiellen Unrichtigkeit des Urteils hat die Beschwernis nichts zu tun.

Wie steht es nun mit der Beschwernis bei der Beschwerde nach Art. 374 ZPO? Schon der gesetzliche Ausdruck Beschwerde weist uns mit aller nur wünschbaren Deutlichkeit darauf hin, dass es sich um einen Rechtsbehelf gegen eine Beschwernis handelt. Diese Voraussetzung der Beschwernis ist für die Prozesseinstellungs-, die sachliche und die Disziplinarbeschwerde gesondert zu untersuchen.

I. Den Rechtsmittelcharakter der Prozesseinstellung haben wir schon wiederholt betont. Folglich gilt hier, was für alle Rechtsmittel gilt, der Beschwerdeführer muss ein Interesse an der Beschwerde haben. Dieses Interesse kann beim Kläger, wie beim Beklagten vorhanden sein, wenn der Richter einen Prozess einstellt. Es ist auch ohne weiteres möglich, dass bei beiden Parteien zugleich dieses Interesse vorhanden ist, so dass beide Beschwerde führen könnten, wie dies ja auch bei den übrigen Rechtsmitteln, insbesondere der Appellation häufig der Fall ist. Dagegen könnte, weil ein Prozess *nicht* eingestellt worden ist, nie Beschwerde geführt werden[1].

II. Bei der sachlichen Beschwerde, die sich, was ihren Zweck anbelangt, von den Rechtsmitteln gar nicht so stark unterscheidet[2], liegt die Sache nicht wesentlich anders. Der Zweck der sachlichen Beschwerde besteht darin, einen staatlichen Hoheitsakt auf seine Rechtmässigkeit

1) Leuch, Art. 96 N. 1.
2) Vergl. § 9, lit. b.

überprüfen zu lassen. Wer eine solche Prüfung begehrt, der muss ein Interesse daran haben, dass die betreffende amtliche Handlung aufgehoben werde. Besteht dieses Interesse für den Beschwerdeführer nicht, so besteht es auch für den Staat nicht; denn dieser will nicht Amtshandlungen aufheben, an deren Aufhebung niemand ein Interesse hat. Es wird die Aufsichtsbehörde deshalb auch bei Vorliegen eines Beschwerdegrundes, der eine sachliche Beschwerde rechtfertigen könnte, nicht von Amtes wegen einschreiten, obschon sie diese Möglichkeit dank ihres Aufsichtsrechtes hätte, sofern nicht irgend jemandem durch dieses Einschreiten und anschliessendes Kassieren einer Amtshandlung ein sichtbarer Nutzen entstehen würde. So hat denn der Appellationshof in konstanter Praxis festgestellt, dass wenn auch die speziellen Voraussetzungen der Beschwerdeführung in casu zutreffen, ein Beschwerdeschluss doch nur dann zugesprochen werden könne, wenn sich aus den Akten ergebe, dass der Beschwerdeführer ein rechtliches Interesse an dem Zuspruche habe[3]).

III. Die grösste Schwierigkeit bietet für diese Frage des Interesses des Beschwerdeführers die Disziplinarbeschwerde. Es handelt sich hier um eine Anzeige. Der Anspruch auf Disziplinarmassnahmen steht einzig dem Staat zu, nie den Parteien. Ein direktes Interesse an der Disziplinarmassnahme hat eigentlich der Bürger nicht, denn durch die Disziplinarmassnahme wird seine Stellung im Prozess nicht berührt.

Trotzdem können wir von einer Beschwernis sprechen und damit von einem Interesse des Beschwerdeführers an der Beschwerde. Wir müssen sie nur nicht im Prozessrecht suchen. Vielmehr müssen wir diese Art Beschwerde mit dem Antragsdelikt im Strafrecht vergleichen. Das Strafrecht kennt nicht eine starre Durchführung des Offizialprinzipes, wonach die Bestrafung vom Willen des Verletzten unabhängig sein soll. Es gibt Ausnahmen, weil die besondere Natur gewisser Straftaten oder ihre Geringfügigkeit den Strafschutz als zu weitgehend oder als unangebracht erscheinen lässt, sofern nicht ausdrücklich eine auf Bestrafung gerichtete Willenserklärung des Verletzten vorliegt. Eine ähnliche Erscheinung haben wir nun bei der Beschwerde, durch welche der Antrag auf Anordnung einer Disziplinarmassnahme gestellt wird. Ein Unterschied besteht allerdings darin, dass auch ohne Antragstellung die Aufsichtsbehörde eine Disziplinarmassnahme anordnen kann, während beim Antragsdelikt der Strafantrag Strafbarkeitsvoraussetzung ist. Durch die ungebührliche Behandlung ist der Beschwerdeführer verletzt worden. Diese Verletzung betrifft nicht seine prozessuale Lage, sie trifft auch nicht seine geltend gemachten materiellen Rechte, sondern sie gilt seiner Person. Wenn sich ein Bürger durch eine ungebührliche Behandlung *nicht* verletzt fühlt, so hat der Staat in der Regel kein Interesse an der Disziplinarmassnahme, es sei denn, durch

3) Vergl. z. B. Z. 39[723], Z. 41677

diese ungebührliche Behandlung seien auch Allgemeininteressen verletzt worden. Fühlt sich aber der betreffende Bürger verletzt, so hat der Staat ein Interesse daran, dass diese Verletzung gutgemacht wird. Dies hat er deshalb, weil der fehlbare Gerichtsbeamte den Staat vertritt, der Staat also für diesen gewissermassen verantwortlich ist und damit ein Interesse hat, dass nicht die Bürger durch die den Staat vertretenden Beamten verletzt werden. Wie jedoch beim Antragsdelikt der Verletzte keinen Strafanspruch, sondern nur das Recht auf Einleitung des Verfahrens hat, so hat der Beschwerdeführer nur das Recht, das Disziplinarverfahren in Gang zu setzen und eine Beschwerdeantwort zu erhalten, nicht aber eine Disziplinarmassnahme zu beanspruchen. Dieser Anspruch ist, wie der Strafanspruch, ein rein staatlicher Anspruch.

*b) Tatsachen, die eine Beschwerdeführung ermöglichen.*

Welche Tatsachen eine Beschwerdeführung ermöglichen, zählt der Art. 374 ZPO einzeln auf. Hier sei nur noch kurz erwähnt, dass allen diesen Tatsachen zwei allgemeine Voraussetzungen gemein sind, die durch das Gesetz nicht besonders aufgezählt werden, sich aber von selbst ergeben.

Einmal können nur bereits eingetretene, nie auch zukünftige Tatsachen den Grund zu einer Beschwerdeführung bilden. Beschwerdebegehren dürfen nur nach Entscheiden rufen, die in bereits zur Tatsache gewordene Verhältnisse eingreifen sollen. Auf dem Beschwerdewege kann nicht von der Aufsichtsbehörde eine Weisung an die untergeordnete Instanz erwirkt werden, wie sich der Richter für eine künftige, amtliche Funktion zu verhalten habe.

Ebenso müssen die Tatsachen, welche die Beschwerdeführung voraussetzen im einzelnen konkret, und nicht nur im allgemeinen ihrer Art nach bestimmt sein. Es kann auch hier die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde nur in der Unterstellung eines individuellen Falles unter eine allgemeine Norm bestehen[4].

*c) Die Beschwerdefrist.*

Die Beschwerde ist in allen Fällen an eine Beschwerdefrist von zehn Tagen gebunden, wobei diese Frist in dem Zeitpunkte beginnt, wo die Partei oder ihr Vertreter oder der verletzte Dritte im Falle des Art. 374, Ziff. 4, von dem Beschwerdegrunde zuverlässige Kenntnis erhalten hat. Es handelt sich hier um eine Notfrist. Wird sie nicht eingehalten, so erlischt unweigerlich das Beschwerderecht. Die Beschwerdeinstanz darf auf eine verspätet eingereichte Beschwerde nicht eintreten. Auch eine Wiedereinsetzung wegen Säumnis, wie sie der Art. 288 ZPO vorsieht, ist ausgeschlossen. Denn eine säumige Partei kann Wiedereinsetzung nur verlangen, wenn sie einen Termin versäumt oder eine durch den

4) Vergl. über beide Fragen Z. 20[496]

Richter anberaumte Frist nicht eingehalten hat. Wiedereinsetzung ist folglich ausgeschlossen gegen eine gesetzliche Frist, wie sie die Beschwerdefrist des Art. 375 ZPO darstellt.

Die Berechnung der Frist erfolgt gemäss 98 Abs. 2 der ZPO nach den Bestimmungen des O. R. Der Tag der zuverlässigen Kenntnisnahme des Beschwerdegrundes wird nicht mitgezählt. Die Beschwerde, die in schriftlicher Form einzureichen ist, muss spätestens am letzten Tag der Frist um 24.00 Uhr einer schweizerischen Poststelle zur Beförderung übergeben oder der Beschwerdeinstanz überreicht worden sein. Bei Aufgabe durch die Post macht gemäss Praxis der Poststempel Beweis, solange nicht der Gegenbeweis erbracht wird[5]. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen andern staatlich anerkannten Feiertag, so gilt als letzter Tag der Frist der nächstfolgende Werktag[6].

Zu prüfen bleibt noch, ob wie z. B. in der aarg. ZPO[7], die Gerichtsferien eine Unterbrechung der Beschwerdefrist bewirken. Diese Frage ist für das bernische Prozessrecht zu verneinen. Die Gerichtsferien sind in den Art. 118 bis 120 ZPO umschrieben und in ihren Wirkungen genau abgegrenzt. Sie gelten in der Regel nur für das ordentliche Verfahren. Termine können nicht stattfinden und vom Richter bestimmte Fristen, die während den Ferien auslaufen, werden verlängert. Gesetzliche Fristen werden jedoch durch die Gerichtsferien nicht berührt[8]. Bei unserer Beschwerdefrist handelt es sich deshalb, weil sie eine gesetzliche Frist ist, um eine von den Gerichtsferien unberührte Frist.

Diese befristete Beschwerde steht im Gegensatz zu der Disziplinarbeschwerde des Verantwortlichkeitsgesetzes, die zeitlich nicht eingeschränkt ist. Es besteht nun aber nicht etwa die Möglichkeit, nach Versäumung der zivilprozessualen Beschwerde, diese Säumnis in ihren Wirkungen durch Einreichung einer Verantwortlichkeitsbeschwerde aufzuheben. Denn durch die Bestimmung des § 11 des Verantwortlichkeitsgesetzes, dass bei besonderer gesetzlicher Regelung nur diese und nicht mehr das Verantwortlichkeitsgesetz in Anwendung komme, kann ein Beschwerdegrund nach 374 ZPO nur im zivilprozessualen Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden.

Nach Art. 375 ZPO läuft die Beschwerdefrist, „von dem Zeitpunkte an, in dem die Partei oder ihr Vertreter vom Beschwerdegrund zuverlässig Kenntnis erhalten hat". Dieser Zeitpunkt wird in der Regel festzustellen sein. Wann jedoch beginnt diese Frist beim Beschwerdegrund der Rechtsverzögerung? Wann erfährt die Partei oder ihr Vertreter, dass der Richter den Prozess verzögert? Der Anfangszeitpunkt dieser Frist kann unmöglich genau fixiert werden, denn die Auffassungen werden stets verschieden sein, wann man von einer Verzögerung spre-

5) Vergl. B. E. 25[1]312
6) O. R. 78
7) Vergl. § 104 aarg. ZPO.
8) Vergl. Leuch Art. 120 N. 4.

chen kann und wie lange eine Verzögerung noch in den Rahmen der dem Richter zur Verfügung zu stellenden Zeit passt. Das gleiche gilt für die Rechtsverweigerung, die in einer konstanten Verzögerung besteht, ohne dass der Richter einen ablehnenden Bescheid erlässt. Der Gesetzgeber hätte hier besser, wie im Schuldbetreibungsrecht[9], für diesen Beschwerdegrund keine Frist gesetzt.

*d) Formerfordernisse.*

Die Beschwerde ist immer schriftlich einzureichen. Es handelt sich somit um eine schriftliche Rechtsvorkehr im Sinne des Art. 125 ZPO. Allerdings begnügt sich die bernische Praxis auch mit der Einreichung in *einer* Ausfertigung[10]. Der Schriftsatz ist von der sich beschwerenden Partei oder ihrem Vertreter, resp. von dem sich beschwerenden Dritten, zu unterzeichnen und mit einer Aufschrift zu versehen, welche seine Benennung und die Namen der Parteien enthält[11].

Das Gesetz verlangt als weitere Formerfordernisse, dass der Schriftsatz *Begehren, Begründung* und *Beweismittel* enthalte.

*1. Das Begehren:* Das vom Beschwerdeführer zu stellende Begehren, sein materieller Antrag, wird verschieden sein, je nach dem geltend gemachten Beschwerdegrund. Festgehalten sei ganz allgemein, dass der Antrag wohl in den meisten Fällen auf Aufhebung einer amtlichen Anordnung lauten wird, dass aber nie verlangt werden kann, die Beschwerdeinstanz solle selber anstelle der aufgehobenen Amtshandlung eine eigene, neue Verfügung treffen. Die Beschwerde kann nur kassatorischen, nie reformatorischen Charakter haben.

Die nachfolgende Tabelle soll schematisch zeigen, was für Anträge bei den einzelnen Beschwerdegründen gestellt werden können und wie der Beschwerdeentscheid im einzelnen Fall lauten kann.

9) Vergl. Sch. K. G. Art. 17, Abs. 3.
10) Vergl. Leuch 375 N. 2.
11) Art. 125 ZPO.

| Beschwerdegrund | Beschwerdeinstanz: Appellationshof | Beschwerdeinstanz: Grosser Rat |
|---|---|---|
| Justizverweigerung Justizverzögerung | 1. Es sei das beschwerte Gericht anzuweisen, die verweigerte oder verzögerte Amtshandlung vorzunehmen.<br>2. Es sei xy zu Schadenersatz von Fr. ..... zu verurteilen.<br>3. Es seien Maßnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. a VI. | 1. Es seien gegen den Beschwerten Massnahmen nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. a VI. |
| Ungerechtfertigte Prozesseinstellung | 1. Es sei die Einstellungsverfügung als ungerechtfertigt zu kassieren.<br>2. ev. es seien Maßnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen (wenn zugleich eine Amtspflichtverletzung vorliegt)<br>Vergl. § 10, lit. b III. | ev. Beantragen von Massnahmen nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz, wenn eine Amtspflichtverletzung vorliegt.<br>Vergl. § 10, lit. b III. |
| Amtsmissbrauch | 1. Es sei die ungesetzliche Amtshandlung aufzuheben.<br>2. Es sei der Beschwerte zu Schadenersatz zu verurteilen.<br>3. Es seien Maßnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. c I. | Es seien Massnahmen nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. c I. |
| Ungebührliche Behandlung<br>a. reine Disziplinarbeschwerde | 1. Es seien Maßnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>2. Schadenersatz.<br>Vergl. § 10, lit. c II. | Es seien Massnahmen nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. c II. |
| b. als sachliche Beschwerde | 1. Die getroffene amtliche Verfügung sei aufzuheben.<br>2. Schadenersatz.<br>3. Es seien Maßnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. c II. | Es seien Massnahmen nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz anzuordnen.<br>Vergl. § 10, lit. c II. |

*Beschwerdeentscheid*
(bei begründeter Beschwerde)

| Beschwerdegrund | Beschwerdeinstanz: Obergericht | Beschwerdeinstanz: Grosser Rat |
|---|---|---|
| Justizverweigerung<br>Justizverzögerung | 1. Weisung an den Beschwerten, die verweigerte Handlung vorzunehmen.<br>2. ev. Verurteilung zu Schadenersatz.<br>3. ev. Disziplinarmassnahme nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz oder Art. 7 GOG.<br>Vergl. § 10, lit. a VI. | Massnahme nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz.<br>Vergl. § 10, lit. a VI. |
| Ungerechtfertigte Prozesseinstellung | 1. Einstellungsverfügung kassieren.<br>2. Massnahme nach Art. 7 GOG oder § 26 Verantwortlichkeitsgesetz.<br>Vergl. § 10, lit. b III. | ev. Massnahme nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz<br>Vergl. § 10, lit. b III. |
| Amtsmissbrauch | 1. Aufhebung der ungesetzlichen Amtshandlung.<br>2. Schadenersatz.<br>3. Disziplinarmassnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz oder Art. 7 GOG.<br>Vergl. § 10, lit. c I. | ev. Massnahme nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz<br>Vergl. § 10, lit. c I. |
| Ungebührliche Behandlung<br>a. reine Disziplinarbeschwerde | 1. Massnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz oder Art. 7 GOG.<br>2. ev. Schadenersatz.<br>Vergl. § 10, lit. c II. | Massnahme nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz.<br>Vergl. § 10, lit. c II. |
| b. als sachliche Beschwerde | 1. Aufhebung der amtlichen Verfügung.<br>2. ev. Schadenersatz.<br>3. Massnahmen nach § 26 Verantwortlichkeitsgesetz oder Art. 7 GOG.<br>Vergl. § 10, lit. c II. | Massnahme nach § 40 Verantwortlichkeitsgesetz.<br>Vergl. § 10, lit. c II. |

2. *Begründung.* Da das Gesetz eine schriftliche Begründung vorschreibt, so ist anzunehmen, dass auf eine Beschwerde, in welcher diese Formvorschrift nicht beachtet wurde, nicht eingetreten wird. In formeller Hinsicht umfasst die Begründung alle Voraussetzungen die erforderlich sind, um bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde führen zu können, es sei denn, dass dieselben sich gleichzeitig auch aus der materiellen Begründung ergeben — wie z. B. das Interesse an der Beschwerdeführung — oder dass sie als stillschweigend angenommen betrachtet werden können, wie z. B. die Handlungsfähigkeit des Beschwerdeführers[12]). Zu der materiellen Begründung gehört die Geltendmachung aller beschwerdebegründenden Tatsachen. Es wird sich empfehlen auch eine Beschwerdeschrift, wie dies in der Praxis für die Klageschrift empfohlen wird, in einzelne, aneinandergereihte Tatsachen zu zerlegen, was den Vorteil hat, dass sie die Verweisung und die Bestimmung der Beweissätze erleichtert. Dazu soll man sich an eine möglichst knappe, klare Darstellung halten, schon weil durch unnötige Weitläufigkeiten und Einbeziehung von Tatsachen, die nicht zur Sache gehören, Kostenfolgen nach 58.2 ZPO eintreten können.

3. Wie bei einer Klageschrift sind ferner die Beweismittel, deren sich der Beschwerdeführer bedienen will, anzugeben. Zu jeder behaupteten Tatsache müssen der Aufsichtsbehörde die nötigen Beweismittel zur Verfügung gestellt werden. Es liegt im Interesse des Beschwerdeführers, hier der Beschwerdeinstanz mit möglichst guten Angaben zu dienen.

### *e) Die Aktiv- und die Passivlegitimation.*

#### *1. Die Aktivlegitimation.*

Zur Einreichung einer Beschwerde ist nach Art. 375 ZPO die Partei oder ihr Vertreter legitimiert. Diese Bezeichnung ist ungeau, da nicht nur die Parteien, sondern unter Umständen auch Dritte ein Beschwerderecht haben. So bestimmt bereits der Art. 374 in Ziff. 4 ZPO dass die ungebührliche Behandlung von Drittpersonen einen Beschwerdegrund bildet. Somit steht auch diesem Dritten, resp. dessen Vertreter, das Recht zur Einreichung einer Beschwerde zu. Zu prüfen wäre höchstens noch, ob nicht auch in einem der andern drei Beschwerdefälle dem Dritten eine Beschwerdemöglichkeit zusteht oder zustehen könnte. Bei der Prozesseinstellung ist diese Möglichkeit ausgeschlossen, ebenso bei der Rechtsverweigerung resp. Rechtsverzögerung, da in diesen beiden Fällen Dritte unberührt bleiben[13]). Dagegen scheint es nicht ausgeschlossen, dass der Richter gegenüber einem Dritten, der in irgend einer Weise bei der Durchführung des Verfahrens mitwirkt,

---

12) Vergl. Leuch Art. 157 N. 5.

13) Wohl aber würde in diesen Fällen dem Intervenienten das Recht zur Beschwerdeerhebung zustehen (Art. 46 ZPO).

seine Amtsgewalt missbraucht. In einem solchen Falle müsste man wohl dem Dritten ebenfalls ein Beschwerderecht einräumen. Praktisch wird dieser Fall zwar kaum je vorkommen.

### 2. *Die Passivlegitimation.*

Bei der Regelung der Zivilprozessbeschwerde braucht der Gesetzgeber viermal den Ausdruck Gerichtsperson. Unter Gerichtsperson haben wir nach Art. 9 ZPO alle die im Gerichtsorganisationsgesetz bezeichneten Personen sowie einen gesetzlichen Protokollführer zu verstehen. Dazu gehören demnach sämtliche Richter und ihre eventuell tätigen Stellvertreter. Ferner gehört dazu der Obergerichtsweibel, dem die Bedienung des Obergerichts und der Zivilkammern übertragen ist[14]. Die gleiche Bedienung besorgt beim Amtsgericht oder beim Gerichtspräsident der Landjäger (Planton)[15]. Schliesslich bestimmt der Art. 394 ZPO, dass sich die Beschwerde auch gegen Schiedsrichter richten kann, wobei Disziplinarmassnahmen gegen dieselben allerdings unzulässig sind. Diese Regelung entspricht der eigentümlichen rechtlichen Stellung des Schiedsrichters. Der Schiedsvertrag ist ein Mittelding zwischen einem privatrechtlichen und einem prozessrechtlichen Vertrag. Die Vereinbarung der Parteien, einem privatrechtlichen Streit einem Schiedsrichter zu übertragen, ist ein prozessrechtlicher Vertrag, ähnlich wie eine Gerichtsstandvereinbarung[16]. Der Vertrag zwischen Partei und Schiedsrichter ist privatrechtlicher Natur. Folge davon ist, dass ein Schiedsrichter nicht der Beamtenverantwortlichkeit unterliegt, und somit gegen ihn keine Disziplinarmassnahmen ergriffen werden können. Zweck der Beschwerde ist hier lediglich die Geltendmachung vertraglicher Verpflichtungen des Schiedsrichters bei Durchführung des Verfahrens[17]. Der Amtspflichtverletzung des staatlichen Richters entspricht hier die nicht gehörige Erfüllung des Schiedsauftrages infolge ungerechtfertigter Verweigerung oder Verzögerung einer schiedsrichterlichen Handlung, oder infolge Vornahme einer Handlung, die dem Schiedsrichter weder nach Gesetz noch nach Vertrag zusteht oder infolge einer ungebührlichen Behandlung der Parteien oder Drittpersonen durch einen Schiedsrichter. Auch der Rechtsmittelcharakter aufweisende Beschwerdegrund des Art. 374, Ziff. 2 ist natürlich gegeben, sowie die Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzes, wenn dieser mit dem Beschwerdegrund einen Zusammenhang hat. Wegen einer Verletzung des Schiedsauftrages, die nicht zugleich einen Beschwerdegrund bildet, könnte Schadenersatz nur im Wege einer ordentlichen Klage geltend gemacht werden.

---

14) Vergl. Art. 16, Abs. 2 GOG.
15) Vergl. Art. 45 GOG.
16) Vergl. Art. 27/28 ZPO.
17) Vergl. Leuch Art. 394 N. 1.

Wird eine Beschwerde wegen Verfehlungen eines früheren Amtsinhabers angehoben, so richtet sie sich gegen diesen früheren Amtsträger. Allfällige Weisungen dagegen, wie sie der Art. 378 ZPO vorgesehen hat, würden sich in dem Fall an den neuen Inhaber des Amtes richten[18].

*f) Die Beschwerdeantwort.* (Art. 377 ZPO).

Sofort nach Einlegung der Beschwerde hat die Aufsichtsbehörde zu prüfen, ob sich jene nicht zum vorneherein als unbegründet erweise. Sie muss also eine Art Vorprüfung unternehmen, die man vielleicht am besten mit der Erheblicherklärung einer Beschwerde oder Mahnung an den Grossen Rat nach § 35 des Verantwortlichkeitsgesetzes vergleichen kann. Erweist sich die Beschwerde zum vorneherein als unbegründet, so kann sie von der Beschwerdeinstanz sofort abgewiesen werden. Andernfalls hat die Aufsichtsbehörde bei der angegriffenen Gerichtsstelle einen sogenannten Bericht, also eine Art Beschwerdeantwort, einzuholen. Auch diese ist eine formelle, schriftliche Rechtsvorkehr, obschon das Gesetz sie nicht näher umschreibt. Sie entspricht ihrem Sinne nach der im Verantwortlichkeitsgesetz § 16 verlangten schriftlichen Verantwortung mit den allfälligen Belegen binnen zwei bis zwanzig Tagen durch den angegriffenen Beamten.

Die Beschwerdeinstanz kann auch die Gegenpartei zu Gegenbemerkungen veranlassen, sofern sie dies als nötig erachtet, was wohl in den seltensten Fällen vorkommen wird. Hiefür hat sie der Gegenpartei eine Frist von maximal 10 Tagen einzuräumen.

## § 13. Der Große Rat als Beschwerdeinstanz

Wir haben bereits wiederholt festgestellt, dass die Kompetenzen des Grossen Rates in der zivilprozessualen Beschwerde weniger weit gehen als diejenigen des Appellationshofes. Der Grosse Rat kann keine Amtshandlungen aufheben und er kann auch keine bindenden Weisungen erteilen. Es besteht demnach ein Unterschied zwischen dem Aufsichtsrecht des Appellationshofes und dem Aufsichtsrecht des Grossen Rates. Diesen Unterschied wollen wir im folgenden näher zu rechtfertigen suchen.

Die Grenze des Aufsichtsrechtes des Grossen Rates über das Obergericht ergibt sich aus dem Grundsatz der Trennung der Gewalten. Dieser Grundsatz will die staatlichen Funktionen auf verschiedene Organe verteilen, schafft also eine Art Zuständigkeitsordnung. Jede Behörde erhält ihre Zuständigkeit von der Verfassung. Innerhalb dem ihr gewährten Bereich muss sie auch wirklich zuständig sein, und ihre Kompetenzen dürfen nicht durch das Aufsichtsrecht entkräftet oder

18) Vergl. Z. 76[49]

gar wertlos gemacht werden. Dies gilt auch für das Aufsichtsrecht des Grossen Rates über das Obergericht. Dieses Aufsichtsrecht hat auf das Prinzip der Trennung der Gewalten Rücksicht zu nehmen. Anders jedoch verhält es sich mit der Aufsicht des Obergerichtes über die ihm untergeordneten Gerichte, die wir Dienstaufsicht nennen wollen.

I. Die Dienstaufsicht ist mit der Leitung der Tätigkeit der untergebenen Gerichte verbunden, obschon sie keineswegs identisch ist mit der unmittelbaren Vornahme der Geschäfte selbst. Leitung und Aufsicht fliessen ineinander[1]).

Die sachliche Beschwerde ist ein dem Einzelnen zur Verfügung stehendes Mittel, um die Aufsicht in Funktion zu setzen und eine Entscheidung über das streitige Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Behörde, gegen die sich die Beschwerde richtet, zu verlangen. Dadurch wird die Beschwerdeinstanz von selbst zur leitenden Behörde; sie informiert sich über alle Einzelheiten und sie hat das Recht, dank ihrer Aufsichtskompetenz, auf alle diese Kenntnisse hin einzugreifen. Sie kann einen Entscheid in der Sache fällen, sie kann bindende Weisungen erteilen [2]). Die Ausübung der Kompetenzen der untern Gerichte ist abhängig vom Willen des Obergerichtes.

II. Nicht so weit geht das Aufsichtsrecht des Grossen Rates. Der Zweck der Gewaltentrennung ist, die freie Willensbildung nicht zu hemmen, die Zusammenballung aller Macht in einer Hand zu verhindern. Das Aufsichtsrecht des Grossen Rates bezweckt, die vollziehenden Behörden in Übereinstimmung mit dem Volkswillen zu halten. Als Volksvertretung ist der Grosse Rat hiezu sehr geeignet[3]). Das *objektive* Recht, die Gesamtheit der Rechtsregeln, ist der unmittelbare Ausdruck des Volkswillens. Die Aufsichtsbeschwerde ist ein Rechtsbehelf um *subjektiven* Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen. Die Aufgabe der Beschwerdeinstanz besteht darin, subjektive Ansprüche zu gewähren und zu sichern[4]). Allerdings ist zu sagen, dass das subjektive Recht aus dem objektiven hervorgeht. Mit der Gewährung subjektiver Ansprüche wird zugleich indirekt das objektive Recht garantiert. Dennoch deckt sich das eine nicht mit dem andern. Der Appellationshof behandelt bei seiner Tätigkeit den Einzelfall, wobei die Entscheidung nicht ohne weiteres aus der Rechtsnorm entnommen werden kann, sondern noch einer selbständigen Denktätigkeit derer, die die Entscheidung zu fällen haben, bedarf, um der Eigenart des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Dagegen bezweckt die Aufsicht des Grossen Rates eine Nachprüfung der Verwaltungs- und Rechtspflege in ihrer Gesamtheit. Das Grundsätzliche der amtlichen Tätigkeit, losgelöst vom Einzelfall und allen persönlichen Belangen, ist Gegenstand der Aufsicht der gesetzgebenden

1) Vergl. Schoenborn Seite 34 f.
2) Art. 378 ZPO, § 26 Verantwortlichkeitsgesetz.
3) Vergl. Streuli, Seite 100.
4) Vergl. Isay, Seite 20 f.

Behörde[5]). In erster Linie dient ihr hiezu der jährliche Rechenschaftsbericht[6]). Auf diese Prüfung des Rechenschaftsberichtes kann eine Beanstandung der obergerichtlichen Amtsführung als solche erfolgen. Doch entsteht daraus keine Verbindlichkeit für den Appellationshof, Amtshandlungen im Sinne des Grossen Rates vorzunehmen[7]). Dem Grossen Rat fehlt das verbindliche Befehls- und Weisungsrecht gegenüber dem Appellationshof, wie es dem Appellationshof gegenüber den untern Gerichten zusteht. Da die sachliche Beschwerde auf die Abänderung oder Aufhebung einer amtlichen Anordnung abzielt, und somit ein Befehls- und Weisungsrecht voraussetzt, kann der Grosse Rat hier nie Beschwerdeinstanz sein.

III. Würden wir nämlich die Stellung des Grossen Rates als Beschwerdeinstanz einer sachlichen Beschwerde bejahen, so würde damit die Verwaltungsautonomie der Gerichte zerstört. Darüber hinaus würde aber auch die richterliche Unabhängigkeit gefährdet, denn bestimmt würde dieser rein politisch eingestellten Behörde, wie sie der Grosse Rat darstellt, die nötige Einsicht und wohl auch der Takt fehlen, um sich als unzuständig zu erklären, sobald mit der Beschwerde in den Bereich der richterlichen Unabhängigkeit einzugreifen versucht würde. Dem Appellationshof als Beschwerdeinstanz fällt die Unterscheidung hiefür viel leichter, da er bald Spruch- und bald Verwaltungsbehörde ist.

IV. Die Beschwerde an den Grossen Rat hat deshalb nur die Wirkung, die Aufsichtsfunktion desselben in Bewegung zu setzen, wie dies auch bei der Disziplinarbeschwerde innerhalb des gerichtlichen Behördenorganismus der Fall ist[8]). Damit eine Disziplinarbeschwerde zum Erfolg führt, muss die Aufsichtskompetenz eine Disziplinargewalt in sich schliessen. Während es sich bei der sachlichen Beschwerde um Fragen der Zuständigkeit in der Beschwerdematerie handelt, beruft sich die Disziplinarbeschwerde lediglich auf ein Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem Amtsträger. Die Disziplinargewalt des Grossen Rates gegenüber dem Obergericht verfolgt den Zweck, den Amtspflichtverletzungen des Obergerichtes entgegenzutreten[9]). Der Grosse Rat kann dem Beschwerdebeklagten einen Tadel erteilen, ihn verantwortlich erklären für den aus der Pflichtverletzung erwachsenen Schaden, dem Obergericht behufs Abberufung, oder den Strafgerichten zur Strafverfolgung überweisen[10]). Dies sind die dem Grossen Rat zustehenden vier Eingriffsmöglichkeiten für den Fall, dass er eine ihm eingereichte Beschwerde nach 374 ZPO für begründet erachtet. Der durch diese Beschwerde gewährte Rechtsschutz ist allerdings gering, noch geringer

---

7) Vergl. Fleiner F., die Überwachung der Landesverwaltung, Seiten 158/159.
6) Vergl. GOG Art. 8.
5) Streuli, Seite 102, 104, 105.
8) Vergl. § 9, lit. c.
9) Vergl. Streuli, Seite 94.
10) Vergl. § 40 Verantwortlichkeitsgesetz.

als bei der Disziplinarbeschwerde innerhalb des gerichtlichen Behördenorganismus, denn obschon auch hier kein rechtlicher Anspruch gegenüber der Beschwerdeinstanz gegeben ist, so muss diese doch die Beschwerdegründe pflichtgemäss prüfen, da sie selbst wieder verantwortlich ist für ihre Amtsführung, wozu auch der Gebrauch des Aufsichtsrechtes gehört[11]). Der Grosse Rat ist dagegen nicht mehr verantwortlich für die Handhabung seiner Aufsichtskompetenz. Zwar bestimmt der § 56 des Verantwortlichkeitsgesetzes, dass er dem Volke verantwortlich sei. Die einzige Möglichkeit, diese Verantwortlichkeit geltend zu machen, wäre die Anwendung des verfassungsmässigen Rechtes einer ausserordentlichen Gesamterneuerung des Grossen Rates[12]).

## § 14. Die Frage des Schadenersatzes

Der Richter ist verantwortlich für den Schaden, den er in seiner amtlichen Tätigkeit durch sein Verschulden verursacht. Unter Schaden verstehen wir im allgemeinen Sprachgebrauch irgend einen Verlust in materiellem oder ideellem Sinne. Das Recht bezeichnet dagegen nur eine tatsächliche Vermögensverminderung als Schaden. Bei Verletzung immaterieller Rechtsgüter spricht man nicht von Schadenersatz, sondern von Genugtuung[1]). Müller[2]) umschreibt den Schaden wie folgt: „Schaden liegt vor, wenn an Stelle des vorgesetzten Zustandes, der bestimmten Zwecken der geschädigten Personen dienen sollte, ein anderer Zustand getreten ist, der der betr. geschädigten Person für ihre Zwecke weniger dienlich ist."

Voraussetzung für die Haftpflicht des Richters ist ferner, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der nachteiligen Rechtslage des Geschädigten und der widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung des Richters besteht, d. h. dass der vermögensrechtliche Nachteil sich aus dem pflichtwidrigen Verhalten des Richters ergibt. Zwischen Schaden und Ursache bedarf es einer inneren Verbundenheit, die so beschaffen sein muss, dass man nach den Regeln der Logik und der allgemeinen menschlichen Erfahrungstatsachen das Verhalten des richterlichen Beamten als Ursache des Schadens erkennen kann (Lehre von der adäquaten Verursachung)[3]).

Den Beweis für den Schaden und den Kausalzusammenhang mit der Ursache muss die geschädigte Partei erbringen. Dieser Beweis wird ihr in der Regel nicht leicht fallen.

Eine besondere Erörterung verdient die Frage des Mitverschuldens der geschädigten Person. Viele kantonale Verantwortlichkeitsgesetze

---

11) Vergl. Sauter, Seite 73.
12) Vergl. Art. 6, Ziff. 7 St. V.
1) Vergl. v. Tuhr, Seite 68.
2) Müller, Seite 92.
3) Vergl. v. Tuhr § 13; Oser, Kommentar zu O. R. Art. 41; Guhl, Seite 45.

weisen besondere Bestimmungen auf[4], wonach eine Klage gegen einen Beamten nur zugelassen wird, wenn der Geschädigte alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel insbes. Rechtsmittel erfolglos anwandte, um den Schaden zu vermeiden. Eine solche Bestimmung kennt das bernische Recht nicht und es muss deshalb auf das O. R. abgestellt werden. Nach Art. 44 O. R. kann der Richter die Ersatzpflicht des Schädigers herabsetzen oder ganz ausschliessen, sofern Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Bemerkt jemand, dass ihm durch eine ungerechtfertigte Massnahme oder Unterlassung einer Gerichtsperson ein Schaden droht, so muss er alles in seiner Macht liegende vorkehren, um den drohenden Nachteil abzuwenden. Allerdings ist für den über den Schadenersatz urteilenden Richter eine gewisse Vorsicht am Platz. Der rechtsuchende Bürger wird im allgemeinen dem Richter ein grosses Vertrauen entgegenbringen; oft wird er auch nicht genügende juristische Kenntnisse besitzen, um bei den manchmal komplizierten Verfahrensnormen den bevorstehenden Schaden rechtzeitig zu erkennen. Vor allem gilt dies dann, wenn dem Schaden eine unrichtige Gesetzesanwendung zu Grunde liegt. Ein gewisser Nimbus, der den richterlichen Behörden anhaftet, und die unabhängige Stellung der Gerichte tragen auch dazu bei, dass der Laie vom Richter keine Unregelmässigkeiten erwartet. So kann man wohl nicht von einem Mitverschulden einer geschädigten Partei sprechen, wenn sie sich in einem Streitfall nicht durch einen Anwalt vertreten lässt, denn wir haben in unserer demokratischen Gerichtsverfassung eben keinen Anwaltszwang. Ist aber ein solcher beigezogen worden, so darf man erwarten, dass dieser die möglichen Abwehrmittel ergreife, und es kann in dem Fall ein strengerer Masstab hinsichtlich des Mitverschuldens angelegt werden.

Die rechtliche Natur dieses Schadenersatzes ist, wie Wissenschaft und Praxis dies heute durchwegs anerkennen, privatrechtlich. Es kommen deshalb für Bestimmung und Umfang des Schadenersatzes die allgemeinen Normen des O. R. zur Anwendung — Schadenersatz aus unerlaubter Handlung[5] — worauf der § 50 des Verantwortlichkeitsgesetzes noch ausdrücklich hinweist. Die Höhe des Schadenersatzes wird durch den Richter bestimmt; im Maximum ist der volle Schaden wieder gutzumachen, d. h. die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Es dürfte im allgemeinen nicht schwierig sein, den Schaden zahlenmässig festzustellen, da die in den Rechtsbegehren des betreffenden schadenverur-

---

4) Vergl. Zürich EG zum ZGB § 224, Appenzell A. Rh. EG zum ZGB Art. 192, Graubünden V.G. Art. 4, Obwalden V.G. Art. 6, Tessin EG zum ZGB 195, Abs. 2.

5) O. R. 41 ff.

sachenden Prozesses genannten Streitsummen meistens einigen Aufschluss gewähren werden.

Dass ein Richter auch für Verletzung immaterieller Rechtsgüter einzustehen hat, steht weder im Verantwortlichkeitsgesetz noch in der Zivilprozessordnung. Da jedoch subsidiär das O. R. gilt, ist anzunehmen, dass nach O. R. 49 „die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens", eine Genugtuungssumme rechtfertigen kann.

Nach bernischem Recht kann die Verantwortlichkeit nie ein Kollegium, sondern nur einzelne Mitglieder treffen[6]. Die Mitwirkung aller Mitglieder wird vermutet. Dagegen steht es den einzelnen Mitgliedern frei, den Nachweis zu erbringen, dass sie dem schadenbringenden Beschluss nicht zustimmten (z. B. durch eine zu Protokoll gegebene Erklärung), oder dass sie an der betreffenden Sitzung nicht teilgenommen haben.

Für die Verjährung des Schadenersatzbegehrens muss in Ermangelung einer besonderen Bestimmung angenommen werden, dass die Verjährungsregelung des Art. 60 O. R. gilt. Da die Schadenersatzpflicht des Richters privatrechtlicher Natur ist, geht der Anspruch des Geschädigten wie auch die Verpflichtung des schädigenden Richters im Todesfall auf die Erben über[7].

Wir haben bereits im § 3, lit. c, gesehen, dass einzig die Administrativbehörden zuständig sind, eine Verletzung der Amtspflichten verbindlich festzustellen. Die Administrativbehörde muss deshalb diese Verletzung im Disziplinarverfahren vorerst feststellen, und wenn ja, kann sie den fehlbaren Beamten für den Schaden grundsätzlich verantwortlich erklären. Im weitern ist es dann Sache der Gerichte, in einem Schadenersatzprozesse festzustellen, ob ein Schaden wirklich vorliege und in welcher Höhe. Diese beiden Verfahren müssen unterschieden werden.

Bei der Beschwerdeführung nach Art. 374 ff ZPO haben wir nun den grossen Vorteil, dass beide Verfahren in einem vereinigt werden. „Mit dem Entscheide urteilt das Gericht auch über das gestellte Schadenersatzbegehren"[8]. Der Appellationshof fällt demnach hier einen rechtlich doppelten Entscheid, einen Administrativentscheid als Aufsichtsbehörde und ein Zivilurteil als richterliche Behörde. Da es dem Beschwerdeführer nicht immer möglich sein wird, seinen Schadenersatzanspruch in der kurzen, zehntägigen Beschwerdefrist geltend zu machen, so kann er das später, d. h. bis zum Ablauf der Verjährungsfrist immer noch tun, unabhängig vom Beschwerdeverfahren[9]. Dass der Grosse Rat als Beschwerdeinstanz über keinen Schadenersatzanspruch urteilen kann, haben wir bereits wiederholt festgestellt. Er könnte wiederum

6) Vergl. § 4 Verantwortlichkeitsgesetz.
7) Vergl. Geser, Seite 142.
8) Art. 378 ZPO.
9) Vergl. Leuch 378 N. 4.

nur eine Verantwortlicherklärung prinzipieller Natur vornehmen und für die Geltendmachung des Schadens den Beschwerdeführer auf den Weg der ordentlichen Zivilklage verweisen.

Über die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches direkt gegen den Staat, kommen wir im nächsten Paragraphen, auf die Weiterziehung des Schadenersatzurteils im Paragraphen 17 zu sprechen.

## § 15. Die Haftung des Staates für Schäden aus Amtspflichtverletzungen

Die bernische Staatsverfassung bestimmt im Art. 15, Abs. 2, dass Zivilansprüche, welche aus der Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten fliessen, unmittelbar gegen den Staat vor den Gerichten geltend gemacht werden können. Der Staat hat dafür ein Rückgriffsrecht gegen den fehlbaren Beamten. Die Ausgestaltung dieser direkten Staatshaftung ist der Gesetzgebung überlassen.

Das Problem der Haftung des Staates für Schäden, die von den Behörden und Beamten in Ausübung nicht gewerblicher Verrichtungen verursacht werden, beschäftigte die Rechtswissenschaften vor allem im Verlaufe des letzten Jahrhunderts. Besonders wurde dieses Problem auf den Deutschen Juristentagen von 1867 und 1871 behandelt. Das Ergebnis war, dass in einer Entschliessung vom Juristentag 1871 gesagt wurde, der Staat müsse inskünftig in seiner Gesetzgebung „das Prinzip der direkten Haftungsverbindlichkeit in Betreff der Schadenszufügung seiner Beamten" aufnehmen[1]). Gegen diese Auffassung wehrte sich vor allem Bluntschli[1]), während wiederum andere Juristen, wie Zachariae sich entschieden dafür aussprachen[2]). Das Resultat aller Diskussionen über dieses Thema war, dass aus den allgemeinen Rechtssätzen eine Haftung des Staates für schädigende Handlungen seiner Organe in Ausübung obrigkeitlicher Pflichten nicht abgeleitet werden kann. Die zivilrechtliche Haftung besteht deshalb für den Staat nur dann, wenn sie durch das positive Recht in Gesetz oder Verfassung anerkannt ist. Diese Auffassung hat denn auch das Bundesgericht in ständiger Praxis vertreten[3]).

Sowohl dem römischen und dem altdeutschen Recht, als auch der gemeinrechtlichen Lehre war die Staatshaftung unbekannt. Nachdem sich die neuzeitliche Wissenschaft mit ihr vertraut gemacht hatte, machte sie bald, gemäss den verschiedenartigen Funktionen der staatlichen Organe, bezüglich der Haftung eine Unterscheidung. Das Gemeinwesen kann zum Bürger wie ein gewöhnlicher Privater als

1) Vergl. Haffner, Seite 97.
2) Vergl. darüber auch Rothschild, Seite 104 ff.
3) Vergl. BGE Bd. 3, Seite 147, Bd. 12, Seite 230, Bd. 18, Seite 393, Bd. 47 II, 502, Bd. 49 II, 298.

koordiniertes Rechtssubjekt in Beziehungen treten. In dem Fall richtet sich seine Haftung nach den Grundsätzen des Privatrechtes. Anders aber, wenn der Staat als höchste Gewalt seinen ihm unterworfenen Bürgern gegenübertritt. Hier richtet sich die Frage der Haftung des Staates nach öffentlichem Recht. Schütz[4] bezeichnet die erste Art als Haftung für gewerbliche Verrichtungen und die zweite als öffentlich-rechtliche oder staatsrechtliche Haftung. Unsere Erörterungen befassen sich in der Folge nur mit der öffentlichrechtlichen Haftung.

Man wird sich vor allem die Frage stellen: warum soll der Staat für seine Beamten haften? Die Gerichte sind in ihrer Tätigkeit unabhängig, nur dem Gesetz untertan, an Weisungen anderer Staatsorgane nicht gebunden. Ist es dann nicht unbillig, wenn der Staat für ihre Fehler einstehen muss? Ursprünglich behalf man sich mit der Antwort, der Staat müsse deshalb für das Verschulden seiner Beamten haften, weil er auf der andern Seite das rechtsuchende Publikum zwinge, sich an den Richter zu halten[5]. Heute erklärt man sich die staatliche Haftpflicht für richterliches Verschulden einfach damit, dass die Justizbehörden Organe des Staates sind, die zudem die wichtige Aufgabe haben, das wertvollste Gut des Staates zu verwalten, nämlich Recht und Gerechtigkeit[6]. Wie die Verfügungen der Administrativbehörden, so sind auch richterliche Verfügungen und Urteile Willensakte des Staates.

Die Wissenschaft befasste sich auch mit der Frage der direkten oder subsidiären Haftung des Staates. Ist die Haftung nur subsidiär, dann muss der Staat erst dann einspringen, wenn der vorerst belangte Beamte den Schaden nicht oder nicht vollständig ersetzen konnte. Als der Gedanke der Staatshaftung noch neu war, fand diese Lösung, wohl schon aus finanzpolitischen Erwägungen, ihre Anhänger. Nach und nach jedoch setzte sich die Wissenschaft mehr für die direkte Staatshaftung ein[7], die es dem geschädigten Bürger ermöglicht, seine Ersatzansprüche unmittelbar gegen den Staat geltend zu machen. Diese direkte Haftung des Staates hat bestimmt grosse Vorteile, sowohl für den Geschädigten als auch für die Beamten. Dagegen haben sich die einst befürchteten Nachteile nicht bewahrheitet. Die Erhebung ausserordentlicher Steuern war nicht notwendig und auch das Verantwortlichkeitsgefühl und der Pflichteifer der Richter hat nicht gelitten darunter. Zudem kann ja der Staat, nachdem er für den von seinen Beamten verursachten Schaden hatte aufkommen müssen, auf den Fehlbaren Rückgriff nehmen, so dass die oben angedeuteten Gefahren viel von ihrer Bedeutung verlieren. Der Vorteil für den Geschädigten besteht in einem viel besseren Rechtschutz, wenn er im ordentlichen Verfahren

4) Vergl. Schütz, Seite 11.
5) Vergl. Z. schw. R. N. F. Bd. 7, Seite 550 (Vortrag Ziegler).
6) Vergl. Stadlin, Seite 136.
7) Vergl. D. J. Z. 1909, Seite 17 (Gierke).

den Staat belangen kann, da er dann die Gewissheit besitzt im Falle des Obsiegens im Prozess, auch wirklich zu seiner Entschädigung zu gelangen. Für den Beamten selbst kann ein Vorteil darin gesehen werden, dass, wenn die Klage sich gegen den Staat richtet, er vor unnötigen Klagen irgend eines Querulanten geschützt ist.

Wie wir bereits gesehen haben, muss die Haftpflicht des Staates für Schäden, die seine Organe durch pflichtwidriges Handeln verursachten, durch das positive Recht geregelt werden. Das heisst nun aber nicht, dass der Ersatzanspruch selber dem öffentlichen Recht angehöre, obschon enge Beziehungen zu Fragen des öffentlichen Rechtes zweifellos bestehen. Der Staat haftet für das widerrechtliche Verhalten seiner Organe, weil es sich bei diesen Handlungen um Willensakte des Staates handelt, und nicht etwa aus Billigkeitsgründen. Der Schadenersatzanspruch gegenüber dem Staat ist ganz derselbe wie die Schadenersatzforderung des Geschädigten gegenüber dem verantwortlichen Beamten[8]). Der Staat tritt nur an Stelle des fehlbaren Beamten[9]). Dies lässt sich auch daraus schliessen, dass für die Geltendmachung des Anspruches die Kompetenz der ordentlichen Gerichte gegeben ist. Wäre der Anspruch öffentlichrechtlicher Natur, so würde diese Kompetenz der ordentlichen Gerichte einer speziellen gesetzlichen Feststellung bedürfen[10]).

Eine ganz besondere Regelung hat nun das bernische Recht, das die direkte Staatshaftung nur *fakultativ* ausgebildet hat. Es ist in das Ermessen des Geschädigten gestellt, ob er den fehlbaren Beamten oder den Staat belangen will. Da jedoch der Staat nur haftet, wenn und soweit auch der fehlbare Beamte haften würde, muss zuerst im Administrativverfahren die Verantwortlichkeit des Beamten für den Schaden festgestellt werden[11]). Ist diese Verantwortlichkeit festgesetzt, dann kann die Klage beim Richter auf Verurteilung des Schädigers zu Schadenersatz angebracht werden. Dabei steht es dem Kläger frei, entweder den Staat oder den verantwortlich erklärten Beamten einzuklagen.

I. Will der Kläger den Staat belangen, so muss er sich vorerst an den Regierungsrat wenden. Erst wenn er vom Regierungsrat nicht binnen 30 Tagen für seine Ansprüche zufriedengestellt wird, darf das Gericht die Klage gegen den Staat annehmen[12]). Handelt es sich demnach um einen Beschwerdegrund nach Art. 374 ZPO, so müsste durch eine Beschwerde an den Appellationshof, resp. an den Grossen Rat, eine administrative Verantwortlicherklärung nachgesucht werden. Ist eine solche erlangt, so könnte der Beschwerdeführer beim Regierungsrat

8) Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I, Seite 532.
9) D. J. Z. 1906, Seite 922, D. J. Z. 1904, Seite 9 ff.
10) Vergl. Gierke, Genossenenschaftstheorie, Seite 794; Art. 1 ZPO.
11) Vergl. § 48 Verantwortlichkeitsgesetz.
12) Vergl. § 51 Verantwortlichkeitsgesetz und Art. 15 St. V.

Ersatz des Schadens begehren, und im Falle der Nichtbezahlung desselben den Staat gerichtlich einklagen. Ein im Grunde reichlich kompliziertes Verfahren. Nachher müsste der Regierungsrat auf den Beamten Rückgriff nehmen[13]).

Nach Art. 378 ZPO kann im Beschwerdeentscheid der Appellationshof auch über das gestellte Schadenersatzbegehren urteilen. Es taucht deshalb die Frage auf, ob nicht in der Beschwerde selber direkt der Anspruch gegen den Staat geltend gemacht werden könnte. Dies wäre eine Art passive Streitgenossenschaft beim Beschwerdebeklagten, einerseits Verantwortlichkeitsbeschwerde gegen die fehlbare Gerichtsperson, andererseits Geltendmachung des Schadenersatzanspruches gegen den Staat. Da jedoch diese Möglichkeit durch das Gesetz nicht gegeben ist und zudem vor Einklagung des Staates sich der Kläger vorerst erfolglos an den Regierungsrat gewendet haben musste, muss eine solche Möglichkeit verneint werden.

II. Will der Kläger von der Möglichkeit der direkten Belangung des Staates keinen Gebrauch machen, sondern die fehlbare Gerichtsperson belangen, so muss er durch Administrativklage zuerst die Verantwortlichkeit feststellen lassen und dann durch gerichtliche Klage den Schadenersatzanspruch geltend machen[14]). Handelt es sich jedoch um einen Beschwerdegrund nach Art. 374 ZPO, so besteht hier der grosse Vorteil, dass beide Begehren auf einmal erledigt werden können, wenigstens soweit der Appellationshof Beschwerdeinstanz ist. Dadurch wird das Verfahren wesentlich vereinfacht. Ist aber in einem solchen Falle der Grosse Rat Beschwerdeinstanz, so muss wiederum zuerst das Administrativverfahren und anschliessend das gerichtliche Verfahren vor dem Zivilrichter durchgeführt werden.

III. Wie wir nun gesehen haben, kann der Geschädigte wählen, ob er den Schädiger oder den Staat belangen will. Es taucht die Frage auf, ob der Geschädigte vorerst den fehlbaren Beamten, und wenn er von diesem nicht oder nicht völlig gedeckt wurde, für den Ausfall den Staat belangen könnte. Der Art. 15 der Staatsverfassung sagt, dass der Schaden unmittelbar gegen den Staat geltend gemacht werden kann. Kann er infolgedessen auch mittelbar geltend gemacht werden? Diese Frage ist vom Gesetz nirgends gelöst. Aus rein formellen Gründen müsste sie verneint werden. Die allgemeine Rechtslehre gibt keine Haftung des Staates. Die Haftung desselben ist nur gegeben, wo Verfassung und Gesetz sie vorsehen. Folglich ist sie auch nur in der Form gegeben, wie sie die Verfassung oder das Gesetz gibt. Da das bernische Recht nur die Wahl vorsieht, unmittelbar den Staat zu belangen oder auf den fehlbaren Beamten zu greifen, kann nicht zuerst der einzelne Beamte und nachher für den Ausfall der Staat belangt werden. Bietet also der Beamte keine grosse Gewähr dafür, dass er für den Schaden

13) Vergl. Verantwortlichkeitsgesetz § 52 ff.
14) Vergl. Verantwortlichkeitsgesetz § 48.

aufkommen kann, so empfiehlt es sich, direkt den Staat zu belangen. Besonders empfiehlt es sich dann, wenn der Beamte neben der Verantwortlicherklärung eventuell noch dem Obergericht zwecks Abberufung überwiesen würde. Hier wäre die Gefahr, für den Schaden nicht gedeckt zu werden sehr gross. Bleibt aber der Beamte im Amt, so bietet die Möglichkeit einer teilweisen Lohnpfändung bei der spätern Vollstrekkung des Anspruches eine gewisse Sicherheit.

Wir wollen die Frage offen lassen, ob aus dem Grunde einer sehr engen Gesetzesinterpretation eine Belangung des Staates für einen allfälligen Ausfall aussichtslos wäre oder nicht. Da man grundsätzlich eine Haftung des Staates für die Träger seines Willens bejaht, so würde wohl der Staat von sich aus, ohne sich auf eine Klage überhaupt einzulassen, einen allfälligen Ausfall übernehmen. Und würde er dies nicht tun, so könnten die Gerichte, nach meiner Auffassung, nicht dem Wortlaut der Verfassung aber dem wahren Sinne derselben entsprechend, eventuell die Klage dennoch gutheissen.

## § 16. Die Beschwerdekosten (Art. 379 ZPO)

In erster Linie müssen wir feststellen, was alles zu den Beschwerdekosten gehört. Man unterscheidet allgemein zwischen Gerichtskosten und Parteikosten. Bei den Gerichtskosten wird wiederum unterschieden zwischen den Gerichtsgebühren und -auslagen. Die Gebühren sind in den Gebührentarifen geregelt und zu den Auslagen sind Barauslagen der Gerichtskasse, wie Reisekosten der Gerichtsmitglieder, Zeugen- und Expertenentschädigungen, Übersetzungskosten, Porti, Stempel etc. zu rechnen, Parteikosten sind die einer Partei bei der Durchführung eines Verfahrens erwachsenen Kosten. Alle diese Kosten gehören zu den Beschwerdekosten, sofern sie in einem Beschwerdeverfahren entstanden sind.

Die Kostentragungspflicht ist vom Gesetzgeber so geregelt, dass im Falle des Zuspruches der Beschwerde, die Kosten grundsätzlich dem Staate auferlegt werden. Diese Regelung ist natürlich, weil in diesen Fällen eben der Staat, d. h. der den Staat vertretende Beamte versagt hat. Daneben besteht aber auch die Möglichkeit, dass bei Gutheissung der Beschwerde die Kosten der Partei auferlegt werden, die das Verfahren veranlasst hat. Der Gesetzgeber hat diesen Fall vorgesehen, um beim Vorliegen besonderer Gründe auch auf die Partei greifen zu können. Doch wird dies wohl selten erfolgen. Schliesslich kann die Beschwerdeinstanz im Falle eines Zuspruches der Beschwerde einer beteiligten Gerichtsperson, sofern diese arglistig oder grobfahrlässig gehandelt hatte, die Kosten auferlegen. Nach Art. 15 ZPO ist eine Gerichtsperson gegenüber den Parteien verantwortlich, wenn sie den Schaden durch Arglist oder Fahrlässigkeit verursacht hat. Bei den Beschwerdekosten ist die Gerichtsperson gegenüber dem Staat nur ver-

antwortlich, wenn sie die Beschwerde durch ihr arglistiges oder *grob*fahrlässiges Verhalten verursachte. Also ist diese Haftung der Gerichtsperson gegenüber dem Staat etwas milder, als ihre Haftung gegenüber den Parteien. Wird dagegen eine Beschwerde abgewiesen, so sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, doch muss sie auch hier beim Vorliegen besonderer Umstände der Staat tragen, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass nicht in Zweifelsfällen der Beschwerdeführer aus Angst vor den Kosten daran verhindert werden soll, die Beschwerde einzureichen. Denn besonders bei den Amtspflichtverletzungen hat der Staat ein Interesse daran, dass ihm dieselben bekannt werden.

## § 17. Die Weiterziehung der Beschwerde

Da ein Beschwerdeentscheid in seiner rechtlichen Natur recht verschiedenartig sein kann, wollen wir auch bei der Untersuchung der Möglichkeit einer eventuellen Weiterziehung diese Unterschiede berücksichtigen. Wir wollen diese Frage untersuchen bei der Aufsichtsbeschwerde, bei der Prozesseinstellungsbeschwerde und beim Entscheid des Appellationshofes über ein Schadenersatzbegehren. Schliesslich wird noch zu untersuchen sein, ob ein Rechtsbehelf gegen den Kostenentscheid besteht.

I. Bei der Aufsichtsbeschwerde liegt ein Urteil eines Justizverwaltungsorganes vor. Deshalb dürfte ein Rechtsmittel der Zivilprozessordnung nicht gegeben sein. Denn diese Rechtsmittel sind doch wohl nur gegen Urteile einer Gerichtsbehörde gerichtet, wenn diese Spruchbehörde ist. Die ZPO sagt allerdings nirgends, was sie unter einem solchen Urteil, das die Grundlage für ein Rechtsmittel abgibt, versteht, doch muss man aus ihrem ganzen Aufbau schliessen, dass sie darunter nur eine richterliche Entscheidung über einen zwischen den Parteien bestehenden Streit zivilrechtlicher Natur meint. Die Aufsichtsbeschwerde betrifft aber nicht das Prozessrechtsverhältnis der Zivilprozessparteien, sondern das Verhältnis zwischen einer Partei und dem Richter[1]). Deshalb ist ein prozessuales Rechtsmittel, das sich immer gegen die Gegenpartei richten muss, nicht gegeben.

Da es sich um einen Verwaltungsjustizentscheid einer Aufsichtsbehörde handelt, kann man sich fragen, ob eventuell an eine höhere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden könnte. Das Verantwortlichkeitsgesetz sagt im § 19, dass jeder Beschwerdeentscheid einer untergeordneten Behörde an die zuständige oberste Verwaltungsbehörde — Regierungsrat oder Appellations- und Kassationshof — weitergezogen werden kann. Da bei unserer Zivilprozessbeschwerde der Appellationshof oder der Grosse Rat zuständige Beschwerdeinstanz ist, ist der Instanzenzug bereits erschöpft, indem sich der Rechtsbehelf zum vorne-

1) Vergl. Z. 71[723]

herein an die höchste Behörde richtet. Folglich ist der Entscheid über eine Beschwerde nach 374 ZPO, soweit sie Aufsichtsbeschwerde ist, endgültig.

II. Bei der Prozesseinstellungsbeschwerde fällt die Beschwerdeinstanz einen Entscheid als Spruchbehörde und nicht als Aufsichtsbehörde. Somit könnte man annehmen, dieses Urteil sei den Rechtsmitteln zugänglich. Wir haben jedoch früher gesehen, dass es sich trotz dem Rechtsmittelcharakter dieser Beschwerde um einen Rechtsbehelf handelt, der nicht voll und ganz in das Rechtsmittelsystem passt. Es handelt sich auch bei diesem Beschwerdeentscheid nicht um ein Urteil, das einen zwischen zwei Parteien bestehenden Zivilrechtsstreit entscheidet, sondern um einen gegen den Richter gerichteten Rechtsbehelf, der dazu dient, den Richter zu zwingen, einen zu Unrecht eingestellten Prozess wieder aufzunehmen und durchzuführen. Es ist ein Urteil über eine prozessleitende Verfügung eines Richters. Gegen diese prozessleitende Verfügung gibt es nur das Rechtsmittel der Beschwerde und dieses soll endgültig sein. Die Meinung des Gesetzgebers war bestimmt nicht die, dass er gegen die Prozesseinstellungsverfügung kein Rechtsmittel im eigentlichen Sinne, sondern eine Beschwerde geben wolle, um dann auf dem Umweg über die Beschwerde in dieser Frage schliesslich doch noch ein Rechtsmittel zu ermöglichen. Der Beschwerdeentscheid ist also auch hier endgültig.

Im § 10, lit. b II, haben wir festgestellt, dass eine Prozesseinstellung auch auf Grund von Bestimmungen des eidgenössischen Rechtes erfolgen kann. Man könnte sich deshalb fragen, ob nicht ein solcher Einstellungsentscheid unter Umständen wegen Verletzung eidgenössischen Rechtes mit der Berufung anfechtbar wäre. Die Berufung ist gegeben gegen ein letztinstanzliches kantonales Haupturteil[2]. Unter einem Haupturteil ist ein solcher Entscheid zu verstehen, der über den materiellen Anspruch definitiv befindet[3]. Beim Prozesseinstellensentscheid wird jedoch nicht definitiv über den materiellen Anspruch befunden, sondern bloss entschieden, dass vorläufig der Prozess nicht weitergeführt wird. Also kommt auch eine Berufung gegen diesen Beschwerdeentscheid nicht in Frage.

III. Sofern der Appellationshof im Beschwerdeentscheid zugleich auch über das gestellte Schadenersatzbegehren urteilt, fällt er in Bezug auf diesen Schadenersatz ein Zivilurteil. Gegen ein solches Urteil steht der Ergreifung eines Rechtsmittels nichts im Wege. Da jedoch das Urteil bereits durch den Appellationshof gefällt wird, ist das ordentliche Rechtsmittel der Appellation nicht mehr gegeben. Möglich bleiben somit die Nichtigkeitsklage an das Plenum des Appellationshofes nach Art. 7, Abs. 3, ZPO und das Neue Recht. Die Weiterziehung eines

2) Vergl. O. G. Art. 58.
3) Vergl. B. G. E 42 II 146, 214; 56 II 136; 54 II 466.

derartigen Schadenersatzurteils an das Bundesgericht kommt aus dem Grunde nicht in Betracht, weil es sich bei diesem Schadenersatz um einen Anspruch handelt, der nicht auf eidgenössischem, sondern auf kantonalem Recht beruht[4]). Allerdings sagt das kantonale Recht, dass, soweit das Verantwortlichkeitsgesetz nichts anderes bestimmt, das O. R. zur Anwendung gelange. Dies ändert jedoch an der kantonalrechtlichen Natur des Anspruches nichts, denn die Ergänzung durch eidgenössisches Recht erfolgt bloss der Einfachheit halber, damit nicht der kantonale Gesetzgeber die ganz gleiche Regelung noch einmal ausdrücklich aufführen muss. Er sagt damit nur, dass er den kantonalen Anspruch gleich regelt wie der eidgenössische Gesetzgeber einen derartigen Anspruch eidgenössischer Natur.

In den meisten Fällen wird wohl der Appellationshof bei der Fällung des Beschwerdeentscheides noch gar nicht in der Lage sein, ein Urteil über den Schadenersatzanspruch zu fällen. Er wird bloss grundsätzlich die Verantwortlichkeit feststellen. Dann muss der Beschwerdeführer seinen Anspruch auf dem Wege der ordentlichen Klage geltend machen, und zwar bei demjenigen Gericht, das örtlich und sachlich zuständig ist. Dieses Gericht wird oft nicht mehr der Appellationshof sein, sondern eine untere Gerichtsbehörde. In diesem Fall stehen dem Kläger wie der beklagten Gerichtsperson natürlich alle drei kantonalen Rechtsmittel offen.

IV. Über die Anfechtung eines Kostenentscheides, der in Anwendung des Art. 379 ZPO gefällt worden ist, sagt die Zivilprozessordnung nichts. Wir müssen deshalb auf das Verantwortlichkeitsgesetz zurückgreifen. Dieses bestimmt, dass die Behörde, welche über die Beschwerde entscheidet, in allen Fällen auch über die daherigen Kosten zu urteilen und den Betrag derselben im nämlichen Entscheide zu bestimmen habe[5]). Einen Rechtsbehelf nur gegen die Kostenbestimmung allein kennt es nicht. Nur wenn die Beschwerde an eine höhere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden kann, so ist diese übergeordnete Instanz in ihrem neuen Entscheid befugt, auch über die Kosten neu zu bestimmen. Wie wir jedoch unter I—III gesehen haben, gibt es keine solche Weiterziehung bei der Beschwerde nach 374 ZPO, so dass auch für die Kosten allein keine Abänderungsmöglichkeit besteht.

V. Ausser der Möglichkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels gegen das Schadenersatzurteil gibt es demnach gegen Beschwerdeentscheide, die im Verfahren nach Art. 374 ff ZPO gefällt wurden, keine Weiterziehungsmöglichkeiten. Einzig und allein ist es nicht ausgeschlossen, dass mit einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht ein Beschwerdeentscheid beseitigt werden könnte. Diese Möglichkeit ist dann gegeben, wenn durch den Beschwerdeentscheid verfassungsmässige

---

4) O. G. Art. 56, auch Leuch 378 N. 4.
5) Vergl. § 29 Verantwortlichkeitsgesetz.

Rechte des Bürgers verletzt worden sind[6]). Die Voraussetzungen die erfüllt sein müssen, zählt der Art. 178 O. G. ausführlich auf. Praktisch wird diese letzte Weiterziehungsmöglichkeit wohl selten gegeben oder aussichtsreich sein.

## § 18. Schlussbetrachtungen

Die gesamte schweizerische Gesetzesliteratur weist auf dem Gebiete des Aufsichtsrechtes, der Aufsichtsbeschwerde und der zivilrechtlichen Haftung der Gerichte und Gerichtspersonen für den Schaden grosse Verschiedenheiten auf. Dies kann nicht weiter überraschen, wenn man bedenkt, dass die Bundesgesetzgebung die Regelung der Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten der Kantone völlig der kantonalen Gesetzgebungshoheit überlassen hat. Allerdings fehlte es seinerzeit, bei der Revision des Obligationenrechtes von 1881 nicht an Bestrebungen, die Beamtenverantwortlichkeit für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft einheitlich zu regeln. Die Expertenkommission verzichtete jedoch, obwohl sie von der Richtigkeit einer Vereinheitlichung auch auf diesem Gebiet überzeugt war, auf eine derartige Regelung, um dem grossen Gedanken der Privatrechtskodifikation nicht neue Hindernisse in den Weg zu legen[1]). Wenn sich trotzdem eine einheitliche und klarere Regelung des Beamtenverantwortlichkeitsrechtes bisher nicht gebieterisch aufdrängte, so ist das wohl in erster Linie dem Umstand zuzuschreiben, dass die Bestimmungen der kantonalen Beamtenverantwortlichkeitsgesetze in der Praxis selten zur Anwendung gelangen. Diese Seltenheit hat ihren Grund sicher vor allem der Zuverlässigkeit, die unseren Staatsorganen im allgemeinen eigen ist, zu verdanken. Andererseits mag sie aber auch daher rühren, dass es für den Verletzten viele Schwierigkeiten zu überwinden gibt, um zu einem ihn befriedigenden Ziel zu gelangen. Man denke nur an die Beschwerde an den Grossen Rat, von der sich der rechtsuchende Bürger bestimmt nie viel versprechen wird. Eine gewisse Vereinfachung der Regelung dieser ganzen Materie erscheint wünschenswert. Ob aber die Vereinfachung, wie sie das bernische Recht mit seiner Prozessbeschwerde nach Art. 374 ZPO versucht hat, eine glückliche Lösung ist, bleibe dahingestellt.

---

6) Art. 175, Ziff. 3 O. G.

1) Protokoll der Expertenkommission zur Revision des O. R. vom 8. Mai 1908, S. 6.

# Benutzte Literatur


| | |
|---|---|
| Barazetti | Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde, Berlin 1882. |
| Berner | Lehrbuch des Strafrechts, 13. Auflage. |
| Binding | Grundriss des Strafrechts, 3. Auflage. |
| Bülow O. | Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868. |
| Burckhardt W. | Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Auflage, Bern 1931. |
| Feuerbach | Lehrbuch des peinlichen Rechtes, 14. Auflage, 1847. |
| Fleiner F. | Die Überwachung der Landesverwaltung durch den Kantonsrat. (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung XIX Jahrgang 1918). |
| Fleiner F. | Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Tübingen 1928. |
| Freudenberger G. | Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht (Annalen des deutschen Reiches 1931). |
| Gaupp-Stein | Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, Leipzig 1904. |
| Geser A. | Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, Gossau 1899. |
| Gierke O. | Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895. |
| Gierke O. | Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887. |
| Goldschmidt J. | Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925. |
| Gönner | Der Staatsdienst, aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808. |
| Göschke R, | Die bernische Staatsverfassung. |
| Guhl | Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. I. |
| Gülland P. | Die Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte, Berlin 1932. |
| Haffner K. | Über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter, Dissertation, Freiburg i. Br. 1885. |
| Hellwig | System des deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig 1912. |
| Heusler | Zivilprozess der Schweiz, Berlin 1923. |
| Hoffmann H. | Der Rechtsschutz in Verwaltungssachen im Kanton Zürich, Dissertation, Zürich 1919. |
| Jellinek W. | Verwaltungsrecht, Berlin 1928. |
| Isay | Rechtsnormen und Entscheidungen, Berlin 1929. |
| Kaufmann | Revision des Bundesgesetzes betr. Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten (Zeitschrift f. schweiz. Recht, Bd. 53). |
| Kaufmann P. | Beiträge über das Prinzip des rechtlichen Gehörs nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Dissertation, Zürich 1935. |
| Laband | Die Frage der Justizaufsicht (deutsche Juristenzeitung 1905). |
| Labes P. | Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, München 1889. |
| Leuch | Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 1937. |
| Martin | Lehrbuch des Kriminalrechtes, 1825. |
| Matti H. | Die Nichtigkeitsklage der bernischen Zivilprozessordnung in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 65. |
| Matti H. | Zivilprozessrecht, Sonderband der Handelshochschule St. Gallen. |
| Maurenbrecher | Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtes, 1837. |
| Meisterlin | Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen, 1838. |
| Merkl A. | Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927. |

| | |
|---|---|
| Meyer G. | Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes. |
| Meyer H. | Lehrbuch des Strafrechtes. |
| Müller M. L. | Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht, Tübingen 1912. |
| Oser H. | Kommentar zum schweiz. O. R., Ausgabe 1928. |
| Planck | Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, München 1896. |
| Rothschild E. | Die Haftung der Justizbeamten und des Staates aus unerlaubten Amtshandlungen mit besonderer Berücksichtigung des badischen Rechtes. Dissertation, Freiburg i. Br. 1902. |
| Ruck E. | Schweizerisches Staatsrecht, Zürich 1933. |
| Ruck E. | Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 1934. |
| Sarwey O. | Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege, Tübingen 1880. |
| Sauter K. | Die Aufsichtsbeschwerde im Zivilprozessrecht nach zürcherischem Recht, Dissertation, Zürich 1936. |
| Schoenborn W. | Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht, Dissertation, Heidelberg 1906. |
| Schütz A. | Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt verursachten Schaden im schweiz. Recht, Dissertation, Zürich 1918. |
| Schwenken | Die Amtsvergehen, 1848. |
| Seydel | Bayerisches Staatsrecht. |
| Stadlin M. | Die zivilrechtliche Haftung der Richter für Schäden aus Amtspflichtverletzungen, Dissertation, Zürich 1933. |
| Streuli E. | Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte, Dissertation, Zürich 1933. |
| von Tuhr A. | Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechtes. Tübingen 1924. |
| Wach | Vorträge über die Reichszivilprozessordnung, Bonn 1879. |
| Weiler | Über Verwaltung und Justiz, 1826. |
| Weiss | Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, Bern 1908. |
| Wisard V. | Die Ordnung des Disziplinarwesens für die Beamten der schweiz. Eidgenossenschaft. |


## *Rechtsquellen*


| | |
|---|---|
| Bund | Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. |
| | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. |
| | Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911. |
| Aargau | Zivilprozessordnung vom 12. März 1900. |
| Appenzell A. Rh. | Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 26. April 1900. |
| Appenzel I. Rh. | Zivilprozessordnung vom 10. März 1892. |
| Basel-Land | Gesetz betr. die Gerichts- und Prozessordnung vom 20. Februar 1905. |
| Basel-Stadt | Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875, mit Abänderungen bis 1929. |
| Bern | Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893. |
| | Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Januar 1909. |
| | Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851. |
| | Gesetz über das Strafverfahren von 1928. |
| | Gesetz betr. den Zivilprozess vom 7. Juli 1918. |
| | Revidiertes Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivilrechtsstreitigkeiten von 1883. |

| | |
|---|---|
| Genf | Code de procédure civile du 13 octobre 1920. |
| Glarus | Zivilprozessordnung vom 4. Mai 1930. |
| Graubünden | Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom 1. Januar 1908. |
| Luzern | Gesetz über die Gerichtsorganisation und den Zivilprozess vom 28. Januar 1913. |
| Neuenburg | Code de procédure civile du 7 avril 1925. |
| Schaffhausen | Bürgerliche Prozessordnung vom 25. Mai 1869. |
| Schwyz | Gesetz über den Zivilprozess vom 3. Dezember 1915. |
| Solothurn | Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1891, mit Abänderungen vom 4. November 1900, 10. Dezember 1911, 2. Mai 1926. |
| St. Gallen | Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 7. Februar 1939. |
| Tessin | Codice di procedura civile del 24. giugno 1924. |
| Thurgau | Zivilprozessordnung vom 19. Oktober 1926. |
| Nidwalden | Gesetz über das Zivilgerichtsverfahren vom 9. April 1890. |
| Obwalden | Zivilprozessordnung vom 2. April 1901. |
| Uri | Zivilprozessordnung vom 29. März 1928. |
| Waadt | Code de procédure civile du 20 novembre 1911. |
| Wallis | Zivilprozessordnung der Republik und des Kantons Wallis vom 22. November 1919. |
| Zug | Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940. |
| Zürich | Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. April 1913. |

*Zeitschriften und Entscheidsammlungen*

Entscheidungen des Bundesgerichtes, amtliche Sammlung.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.

Deutsche Juristenzeitung.

Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge.

## Abkürzungen

| | | |
|---|---|---|
| B. V | = | Bundesverfassung. |
| B. G. E. | = | Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichtes. |
| D. J. Z. | = | Deutsche Juristen Zeitung. |
| G. O. G. | = | Gerichtsorganisationsgesetz. |
| O. R. | = | Obligationenrecht. |
| St. V. | = | Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893. |
| Str. V. | = | Strafverfahren. |
| Z. G. B. | = | Schweizerisches Zivilgesetzbuch. |
| Z. P. O. | = | Zivilprozessordnung. |
| Z. | = | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. |
| Zschw. R. N. F. | = | Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge ab 1882. |